اقالة العقـــد

فى

الفقه الاســلامى والقانون المدنى

دكتور

لاشين محمد الغيــاتى

١٩٨٥

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى (فاصفح الصفح الجميل) (١) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديثه الشريف :

(من أقال مسلما بيعتــه أقال الله عثـرته) (٢) وقال (ص) (من أقال نادما أقال الله عـثرته يوم القيامة) (٣) وقال (ص) (من أقال أخـاه بيعـا أقال اللــه عثـرته يوم القيامــة) (٤) وقال (ص) (من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة) (٥)

وعن عائشة (ض) أن رسول الله (ص) قال (أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا الحدود) (٦) ٠

وفى رواية أخـرى (من أقال مســلما عثرته أقال اللــه عثرته يوم القامة) (٧) ٠

---

(١) سورة الحجر الآية ٨٥ ٠
(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٣ ٠
(٣) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٤٢ الحلبى ٠
(٤) نصب الراية للزيلعى جـ ٤ ص ٣٠ ٠
(٥) سنن الترمذى جـ ٤ ص ٣٤ ٠
(٦) رواه أحمد وأبو داود والنسائى والبيهقى ٠
(٧) نصب الراية السابق رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم فى المستدرك ٠

الفصل (١) ([illegible]
[illegible]

الفصل (٢) ([illegible]
(٣) (التطبيقات [illegible]
[illegible]
[illegible]
(٥) (الخاتمة [illegible]

الملاحق) الكلمة ([illegible])

[illegible]

[illegible]
٢٠

[illegible]
[illegible]

بســم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والســلام على أشرف المرسلين وسيد الخلق أجمعين صلوات الله وسلامه عليـه وعلى آله وصحبه أجمعين ٠

أمــا بعــد ٠٠٠

فان العقد بلا شك يعتبر أهم مصدر من مصادر الالتزام فى الشريعة والقانون ولذلك أمــرنا المولى عز وجل بالوفاء بالعقود والعهود فقال سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (١) وقال (وأوفوا بالعهد ان العهــد كــان مســئولا) (٢) ولذلك يجب الوفاء بتنفيــذ التزام كــل من المتعاقدين فمثلا فى عقد البيع يجب على المشترى دفع الثمن وقت العقد الا اذا كان مؤجلا ويجب على البائع تسليم الشىء المبيع فى حينه ونقل الملكية للمشترى حتى يمكنه التصرف فى ملكه ٠ وفى عقد الاجارة يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر حتى يتمكن من الانتفاع بها وعلى المستأجر أن يقوم بدفع الأجرة مقابل الانتفاع بالعين وذلك لمدة محــددة بين الطرفين ولكن ربما ينشــأ العقد صحيحاً سليما بتوافر أركانه وشروطه ولكن رغم ذلك لا يقم أحد الطرفين أو كلاهما بتنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد مما يؤدى الى المطالبة أو الرجوع فيه ولذلك كان من أبرز وسائل انهاء العقد عن طريق الارادة المنفردة لأحد الطرفين أو عن طريق الفســخ بالاتفاق أو القضاء أو الانفساخ بقــوة القانون وقــد ينتهى العقد ٠ عن طريق الاقالة كوسيلة من وسائل انهــاء رابطة العقد ٠ وهذا هو موضوع البحث :

(١) سورة المائدة الآية رقم ١ ٠

(٢) سورة الاسراء الآية : ٣٤ ٠

اقالة العقد بين الشريعة والقانون

وخطة البحث :

مقدمة وفصول وخاتمة :

أما المقدمة فانها تشتمل على المباحث الآتية :

المبحث الأول : **تعريف العقد لغة وشرعا وقانونا :**

المبحث الثانى : مشروعية العقود فى الشريعة والقانون :

المبحث الثلث : انحلال العقد وأسبابه :

أما البحث : اقالة العقد بين الشريعة والقانون :

فيشتمل على عدة فصول :

الفصل الأول : **تعريف الاقالة فى الشريعة ولقانون :**

الفصل الثـانى : مشروعية الاقالة فى الشريعة والقانون:

الفصل الثالث : انعقاد الاقالة (أركانها وشروطها) فى الشريعة والقانون :

الفصل الرابع : نطاق الاقالة فى الشريعة والقانون :

الفصل الخامس : التكييف الشرعى والقانون للاقالة :

الفصل السادس : آثار الاقالة فى الشريعة والقانون :

الفصل السـابع : تطبيقات فى الاقالة :

الفصل الثـامن : فى اختلاف المتقايلين :

خاتمـة البحث : فى أهم النتائج التى توصـلنا اليها مـع المقارنة بين الفقهى الاسـلامى والفقـه الوضعى .

اقالة العقـــد
فى
الشريعة والقــانون
تشتمل على المباحث الآتية
المبحث الأول

المقـــدمة :

١ ـ تعريف العقد : لغة وشرعا ٠

العقد فى اللغــة : الشــد والربط والتوثيق والاحــكام والقوة ، أى يطلق على ما فيه ربط بين أطـراف الشىء يقال عقد الحبل فانعقد ٠ والعقدة موضــع العقد وهــو ما عقد عليه (١) فالعقد يطلق فى اللغة على الجمع بين شــيئين أو أكثر وربطها كما يطلق على احكام الشىء وتقويته (٢) كمــا يطلق على كل ما يفيد التزاما فان كــان الأصــل فيه الربط الحسى بين أطراف الشىء الا أن العرب قد استعملوه للربط المعنوى للكلام سواء أكان توثيقا وتقــوية لكلام صــادر من ارادة كعقد النية والعزم على فعــل شىء (ربط بين الارادة وتنفيذ ما التزم به) أم كان ربطا بين ارادتين كعقــد البيــع والأجارة ويقال عقدت اليمين لما فيه من توثيق وتأكيد ٠

---

(١) عقدت الحبل اذا شددته وعقدت الحبل بذاك اذا ربطته به ٠

(٢) المختار من صحاح اللغة ص ٣٥٠ ، الجصاص جـ ٣ ص ٣٦٠ القاموس المحيط جـ ١ ص ٣١٦ ، المصباح المنير ص ٥٧٠ ٠
وراجع تفسير القرطبى ط دار الشعب ٠ جـ ٣ ص ٢٠٢٠ وما بعدهــا تفسير قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقــود) أى الربوط
الأستاذ / على الحفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ٧١ ٠
الأستاذ / محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامى ص ٥٠٦ ٠
الأستاذ / عبد الكريم زيدان ٠ المدخل لدراسة الشريعة الاسلاميــة ص ٢٨٥ ٠

اذن فالعقد لدى علماء اللغة يحتوى على كل ما فيه معنى الربط والتوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين (٣) ٠

العقد لدى فقهاء الشريعة :

ان فقهاء الشريعة الاسلامية يعرفون العقد بأنه (ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعى) (٤) أو هو عبارة عن (ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه) (٥) ٠

وقيل بأنه (ارتباط القبول بالايجاب على وجه يثبت أثرا شرعيا فى المحل (المعقود عليه) (٦) فعقد البيع يرتبط فيه القبول بالايجاب على وجه يثبت أثرا شرعيا فى المحل ، أى يثبت للمشترى الملك فى المبيع ، فيصير مالكا له ٠ ويثبت للبائع ثمن الشىء المبيع ٠

اذن تمليك الثمن للبائع ٠ والمبيع للمشترى هو ما يطلق عليه الأثر الشرعى ٠ وهذا تعريف للعقد بمعناه الخاص كما هو مذهب جمهور الفقهاء ٠

وعرف العقد فى الفقه القديم بأنه (كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى (٧) ٠

---

(٣) محمد سلام مدكور ص ٥٠٦ ٠

(٤) الشيخ محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ ٠

(٥) محمد قدرى باشا فى مرشد الحيران ص ٢٧ وقد أخذ به القانون المدنى العراقى فى مادته ٧٣ ٠

(٦) الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٣ ، بدائع الصنائع للكاساني جـ ٦ ص ٢٩٨٩ د٠ عبد الناصر العطار ص ٢٥ فى نظرية الالتزام ٠

(٧) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٥ ٠

وفى الفقه الحديث : بأنه (كل تصرف يصدر عن شخص فيلزمه ـ منفردا أو مع آخر ـ بشىء مشروع على وجه يترتب عليه تحقيق مصلحة مشروعة) (٨) ٠

وبناء على هذين التعريفين نرى بأن التصرف وهو ما يصدر عن الشخص المميز بارادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما ٠ يعتبر أعم من العقد مطلقا لأن العقد من بعض أنواع التصرف (٩) (اذ هو تصرف قولى مخصوص ومحققا لمصلحة مشروعة ٠ ومتسما بصفة الالزام فكل عقد هو تصرف وليس كل تصرف عقدا أى أن بينهما عموم وخصوص مطلق ٠ ومن المقرر فى القواعد الفقهية والمنطقية : أن الأخص يستلزم دائما معنى الأعم ولا عكس) (١٠) ٠

والذى أراه من التعاريف هو أن العقد عبارة عن (ارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى

---

(٨) الشرط فى العقد د٠ حسن الشاذلى فى رسالته ص ٣٢ ٠

(٩) التصرف قد يكون فعليا كالاستيلاء على بعض الأموال المباحة والغصب وقبض الدين والرجعة خلافا للمالكية الذين جعلوها من التصرفات القولية ٠ وهى ما تصدر عن الانسان من قول أو كتابة أو اشارة يرتب عليه الشارع حقا معينا ٠ وقد تصدر من ارادتين نتيجة اتفاق كالبيع والأجارة ٠ أو من ارادة واحدة سواء أكانت هذه منشئة لحق كالوقف أو منهية له كالطلاق أو مسقطة له كالابراء من الدين ٠ أو يكون خاليا من هذا ومن ذاك كالاخبار بدعوى أو الاقرار بحق سابق أو الانكار له مما لا يعد من العقود لأنه لا يحمل معنى الانشاء أو الاسقاط أو التنازل عنه (محمد سلام مدكور) السابق ص ٥١٠ ٠

(١٠) د٠ اسماعيل عبد النبى شاهين فى رسالته ص ٥ ٠ (انقضاء العقد) ٠

محله) (١١) وفقا لما ذهب اليه جمهور الفقهاء (١٢) مثل عقد البيع والاجارة والشركة • وغيرها من العقود التى يجب لتوافرها ارادتين متطابقتين حتى تنتج أثرها الشرعى• بخلاف الوصية والنذر واليمين والوقف مما يتحقق بارادة منفردة فانه لا يطلق عليه عقدا بل يعتبر من قبيل التصرف الناشىء عن ارادة واحدة •

٢ ـ العقد فى القانون المدنى :

عرفه القانون المدنى الفرنسى بقوله (العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين باعطاء شىء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله) (١٣) •

والقانون المدنى المصرى لم يعرف العقد بل قام بتعريفه الفقه المدنى حيث عرفه بأنه (توافق ارادتين على احداث

---

(١١) مجلة الأحكام العدلية م ١٠٣ •

(١٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ (البيع ينعقد بالايجاب والقبول) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٥ (العقود هى ما تتوقف على الايجاب والقبول) المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٦٢ (ولا ينعقد البيع الا بالايجاب والقبول) وقال ابن تيميه فى الفتاوى جـ ٣ ص ٣٣٦ بأن (الأصل فى العقود رضا الطرفين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد) وعرفه الزيدية بأن العقد (هو ايجاب وقبول لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الجاهلية كالمنابذة والحصاه) البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٩٧ •

(١٣) المادة ١١٠١ من القانون المدنى الفرنسى • وعرفه القانون المدنى العراقى بقوله (انه عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه) وهو مأخوذ من الفقه الاسلامى •

أثر قانونى سواء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه) (١٤) ٠

ومعنى توافق الارادتين تراضيهما كما يتراضى البائع والمشترى والمستأجر والمؤجر ٠ والأثر القانونى الذى يترتب على هذا التوافق يتمثل فى تسليم الشىء المبيع بالنسبة للبائع ودفع الثمن من المشترى ٠

أما التعديل فقد يتمثل فى نقص الأجرة أو زيادتها فى عقد الاجارة أو اضافة أجل للالتزام ٠ أما النقل يتمثل فى نقل الالتزام من شخص الى آخر كما فى حوالة الحق أو الدين وانهاء الالتزام يكون بفسخ العقد أو اقالته أو الوفاء أو الابراء ٠

ويرى بعض أساتذة القانون المدنى بأن هناك تفرقة بين العقد والاتفاق حيث عرف الاتفاق بأنه :

(اجتماع ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو الغائه) ٠

(١٤) السنهودى فى الوسيط ج ١ ص ١٤٩ د٠ عبد الحى حجازى فى نظرية الالتزام ص ١٨١ ٠ د٠ سليمان مرقس فى الالتزام ص ٢٨ ٠
د٠ حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ٠
د٠ اسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ص ٤٨ ٠
د٠ مختار القاضى أصول الالتزامات ص ٢٥ ٠
د٠ عبد المنعم البدراوى مصادر الالتزام ص ٤٠ ٠
د٠ جميل الشرقاوى النظرية العامة للالتزام ص ٤٤ ٠
د٠ عبد المنعم فرج الصده مصادر الالتزام ص ٥٠ ٠
د٠ لبيب شنب دروس فى مصادر الالتزام ص ٢٢ ٠
د٠ عبد الناصر العطار ص ٢٦ فى نظرية الالتزام ٠
د٠ لاشين محمد الغياتى فى مصادر الالتزام ص ٢١ ٠

وبالمقارنة بين التعريفين نجد أن الاتفاق أعم من العقد فيكون العقد نوعا من الاتفاق فكل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقد ، غير أن هذه التفرقة لا فائدة فيها فى الحياة العملية ولذلك أرى وأرجح عدم التفرقة بينهما .

المقارنة :

وبالمقارنة بين تعريف الفقه الاسلامى وبين تعريف الفقه الوضعى للعقد . نجد الفقه الاسلامى (أدق احكاما وأبين تصويرا وأوضح منطقا) لأنه يبرز الجانب الموضوعى لا الشخصى فى أحكام العقد اذ أن آثاره تثبت فى المعقود عليه أى فى محله شريطة أن يكون العقد صحيحا . فضلا عن توافر الرابطة المعنوية مع الرابطة الحسية وهى الايجاب والقبول حتى ينتج العقد أثره (١٥) .

وهذه النزعة الموضوعية التى سادت الفقه الاسلامى لها دورها الفعال وتأثيرها فى مبادئه الأساسية وفى تفصيلاته لأحكامه . على أسس قوية وسليمة لا شك ولا شائبة فيها وخصوصا بأن الأحكام الفقهية الشرعية تسير على منهج كتاب الله وسنة رسوله .

أما توافق الارادتين فقط دون التعبير عنهما بمظهر مادى لا يكفى لقيام العقد كما أن الأثر القانونى للعقد ان لم يرد على محل فهو والعدم سواء (١٦) .

---

(١٥) د. عبد الرازق السنهورى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ج ١ ص٧٧ د. اسماعيل عبد النبى فى رسالته ص ١١ .

(١٦) د. عبد الناصر العطار ص ٢٧ فى نظرية الالتزام .

المبحث الثانى

٣ ـ مشروعية العقد فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى :

ان الشريعة الاسلامية اهتمت بالعقود اهتماما كبيرا حيث جعلت لكل عقد بابا خاصا بأحكامه وتطبيقاته كعقد البيع والاجارة والوكالة والسلم والجعالة والرهن والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والعارية والوديعة وغيرها من العقود الأخرى الذى لا غنى عنها لتنظيم المعاملات بين الناس دون غبن أو استغلال أو ظلم بينهم ومن أجل هذا نصت الشريعة على مشروعية العقود بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول :

(أ) لقد ورد فى الدستور السماوى ما يستدل به على مشروعية العقود وأهميتها ومكانتها فى التشريع قال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (١٧) ووجه الدلالة من الآية : أن الله قد حرم أكل أموال الناس بالباطل وأحله بطريق التجارة فيما بينهم بالتراضى الذى هو الايجاب والقبول بين الطرفين وهذا هو العقد لدى فقهاء الحنفية ٠

وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود (١٨) فالله تبارك وتعالى أمرنا بالوفاء بالعقود والأمر هنا للوجوب ما لم يكن هناك صارف ٠ وحيث لا صارف اذن يجب الوفاء بالعقود وهو المطلوب شرعيته وقال تعالى فى آية أخرى (وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا) (١٩)

---

(١٧) سورة النساء آية رقم ٢٩ ٠

(١٨) سورة المائدة رقم ١ ٠

(١٩) سورة الاسراء الآية رقم : ٣٤ ٠

فالمراد بالعهد فى الآية العقد · وقد أمرنا بالوفاء به والأمر هنا للوجوب · لأن عدم الوفاء بالعقود والعهود صفة من صفات المنافقين وهم فى الدرك الأسفل من النار ·

قال تعالى (ان المنافقين فى الدرك الأسفل من النار ولن تجد لهم نصيرا) (٢٠) ·

ولذلك قال رسول الله (ص) آية المنافق ثلاث :

(اذا حدث كذب · واذا وعد أخلف · واذا أؤتمن خان)

(ب) وقد ورد فى السنة أن الرسول (ص) قال (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما · والمسلمون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) (٢١) فهذا الحديث النبوى الشريف دليل على مشروعية العقود · والصلح عقد أحله الله ورسوله وأجازه بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا ·

(حـ) الاجماع ـ لقد أجمع فقهاء المسلمين على أن العقد غاية من غايات التشريع الاسلامى ووسيلة من وسائل التعامل بين الأفراد لأن الانسان مدنى بطبعه يكره العزلة ويحب الألفة والجماعة حتى يقضى حاجته من مأكل ومشرب ومسكن وملبس وهذا لا يتحقق الا بالتعامل مع الآخرين · فكان هذا دافعا لمشروعية العقود ·

---

(٢٠) سورة النساء الآية رقم ١٤٥ ·

(٢١) سبل السلام جـ ٣ ص ٦٠ ·

(د) المعقول : ان العقل يجد فى العقــود منفعة كبـيرة للأفراد لشدة الحاجة اليها فلا شــك فى شرعيتهــا لأنها وسيلة الى بلوغ الهــدف بلا حــرج (٢٢) أو مشقة أو ظلم واستغلال ٠

٤ ـ شرعية العقود فى القانون المدنى :

ان القانون المدنى بلا شك اهتم أيضا بشرعية العقــود التى هى أساس المعاملات بين الناس ٠

ولذلك كان العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام ، بل يعتبر العمود الفقرى فى معاملات النــاس فرادى وجماعات ودول بعضها مع بعض عن طريق الاستيراد والتصدير ٠

فالعقود تكاد تكون المجال الوحيــد فى نطــاق قواعــد وفروع القانون الخاص القــابل للتوحيــد فى شرائع الأمــم المختلفة ، هذا فضلا عن أنها تؤثر بطريق أو بآخر فى الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والخلقية للمجتمع من حيث تنظيمها وآثارها) ٠

ومن هنا نجد المشرع قد أحاط العقد بضمانات وشكليات عديدة لا حصر لها فى مراحل تكوينه وتنفيذه وانهائه (٢٣)٠

ولهذا نجد المشرع قد اهتم بشرعيته ونص على أركــان العقد فى المواد ٨٩ ـ ١٤٤ مدنى وما يتعلق بها من أحــكام كثيرة ٠ ثم نص على آثار العقد وبين ذلك فى المواد من ١٤٥ ـ ١٥٦ مدنى وبين أيضا الأحكام المتعلقة بانحلال العقــد فى

---

(٢٢) سبل السلام جـ ٣ ، ص ٣ ، ٤ ٠

(٢٣) د٠ اسماعيل عبد النبى فى رسالته السابقة ص ١٣ ٠

المواد ١٥٧ - ١٦١ مدنى ثم الارادة المتفردة وأحكامها فى المادة ١٦٢ مدنى .

وبهذه النصوص الكثيرة فضلا عن آراء الفقه وأحكام القضاء فى نطاق شرح العقود وأحكامها فانها تضفى على العقد صفة الشرعية لشدة الحاجة اليه لتنظيم معاملات الناس بعضهم مع بعض بل لا غنى عنه فى حياتهم الاجتماعية والاقتصادية .

وأخيرا نجد الفقه الاسلامى والقانون الوضعى قد اهتما اهتماما كبيرا بالعقد وبينا مشروعيته بتنظيمه وبيان أحكامه وآثاره . غير أن الشريعة الاسلامية كانت أسبق بكثير من القانون المدنى الجديد الذى وضع عام ١٩٤٨ بل سار فى غالبية أحكامه على نهج الشريعة الاسلامية .

المبحث الثالث

٥ - انحلال العقد :

اذا توافرت أركان العقد الرضا والمحل والسبب والشكلية فى بعض العقود والرهن الرسمى فضلا عن شروط صحته من توافر أهلية الأداء الكاملة والارادة السليمة والخالية من العيوب كالغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .. فان العقد يصبح نافذا ولازما للمتعاقدين ويجب تنفيذه ولا يجوز تعديله أو نقضه الا باتفاق المتعاقدين أو لأسباب ينص عليها القانون المدنى (٢٤) ولذلك لا يمك أحد المتعاقدين

---

(٢٤) تنص المادة ١/١٤٧ مدنى مصرى (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون)

نفس المعنى القانون الليبى ١/١٤٧ ، والسورى ١/١٤٨ ، واللبنانى ٢٢١ ، والعراقى ١/١٤٦ والتونسى ٢٥ ، ٢٤٢ .

الرجوع عن التزاماته أو التخلص منها · ولا ينتهى العقد الصحيح النافذ اللازم الا بتنفيذه أو بالفسخ أو الانفساخ أو بالتقايل والانحلال منه ·

والانحلال من العقد لايتأتى الا اذا كان العقد نشأ صحيحا ونافذا ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ·

وهل هناك فرق بين زوال العقد بالانحلال أو بالابطال أو بالانقضاء أم لا ؟؟ ·

نعم يتضح الفرق بين هذه الأمور الثلاثة فيما يأتى :

(أ) ـ زوال العقد بالابطال لا يتحقق الا اذا نشأ العقد غير صحيح أو غير نافذ ثم يبطل بأثر رجعى فى جميع الأحوال ·

(ب) ـ الانقضاء لايتحقق الا اذا نشأ العقد صحيحا وتم تنفيذ بالوفاء أو بالابراء أو بالمقاصة · وغيرها من أسباب انقضاء الالتزام ·

(جـ) ـ أما الانحلال من العقد الصحيح النافذ لايكون الا قبل تنفيذ العقد أو تمام تنفيذه · ويتفق مع الابطال فى حالة ما اذا كان له أثر رجعى ففى كلتا الحالتين يزول العقد ويعتبر كأن لم يكن (٢٥) ·

(د) ـ ويرى البعض (٢٦) بأن هناك فرقا بين الانحلال والزوال · بالنسبة للعقد · فى الفقه الاسلامى ·

---

(٢٥) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى د· السنهورى · ص ١٨٨

(٢٦) د· اسماعيل عبد النبى فى رسالته ص ٩٩) ·

قائلا بان انحلال العقد هو : (انهاء الرابطة العقدية بين المتعاقدين دون أن ينسحب ذلك الى الماضى الا فى حدود ما يقرره الشرع الحنيف على سبيل الاستثناء من القواعد العامة أى أن انحلال العقد قد يكون ذا أثر رجعي ينسحب على الماضى أو لا ٠ بينما زوال العقد يكون ذا أثر رجعى فى جميع الأحوال ٠ فضلا عن ألا يرد الا على عقد نشأ صحيحا نافذا ثم ينحل قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم التنفيذ ٠)

ولكنى أرى بأن الانحلال ما هو الا صورة من صور زوال العقد سواء أكان له أثر رجعى أم لا ؟ وسواء أكان بحكم قضائى أو بنص قانونى أو مشرط اتفاقى كما بينا سابقا ٠

٧ ـ أسباب الانحلال من العقد : (٢٧)

لقد اتفق الفقه الوضعى مع الفقه الاسلامى فى أن الانحلال بالنسبة للعقد لايرد ولا يتحقق الا بعد وجود العقد وانعقاده صحيحا ونافذا ٠ خلافا لمن يرى فى الفقه الوضعى بأن العقود التى انعقدت ولو كانت قابلة للأبطال فانها تنتج آثارا قانونية ولذا يصح أن يرد عليها الانحلال ٠ والاسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد ٠

---

(٢٧) د٠ السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٤٥٦٠ ٠

د٠ حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام ص ٣٩٣ ٠

د٠ أنور سلطان ٠ فى النظرية العامة للالتزام ص ٣٤٦ ٠

د٠ سليمان مرقس فى أصول الالتزامات ص ٣٠٥ ٠

د٠ السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص ١٨٨ ٠

أهمها :

١ - الالغــاء بارادة منفرده وهذا يتصور فى العقــود غير الملزمة كالوكالة والعاريه والجعاله • والوديعة • الخ فانه يجوز لأحد المتعاقدين أن يتحلل من التزامه بارادته المنفردة •

٢ - الفسخ • أنتهــاء العقد قبل تنفيذه أو قبل تمــام تنفيذه بسبب اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه • فالفسخ ما هو الاجزاء عدم تنفيذ العقد(٢٨) ولذلك تنص المادة ١/١٥٧ مدنى على أنه (فى العقود الملزمة للجانبين • اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى) والفسخ أما يكون قضائيا اذا توافرت شروطــه وامــا أن يكون اتفاقيا أى فسخا تلقــائيا بنــاء على اتفــاق الطــرفين أو على نص فى القانون • (٢٩)

أو أنفســاخا قانونيا فى حــالة استحالة الوفاء الراجعة لسبب أجنبى لادخــل لارادة المــدين فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجىء أو خطأ الغير وفقا للمادة ٣٧٣ مدنى •

---

(٢٨) د• أحمد سلام فى نظرية الالتزام ص ٢٠٤ •

د• اسماعيل غانم فى نظرية الالتزام ص ٢٢٣ •

د• جميل الشرقاوى فى نظرية الالتزام ص ٢٣٧ •

د• عبد الناصر العطار العطار المرجع السابق ص ٢٣٧ ،

(٢٩) راجع المادة ١٥٨ ، ٤٦١ مدنى مصرى •

الفسخ فى الفقه الاسلامى : —

ان الفسخ فى الفقه الاسلامى أمر جائز فى حالة تعذر استيفاء المعقود عليه وله أثر رجعى الا فى العقود المستمرة • فلا أثر له على الماضى حيث يتعذر فيها اعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل التعاقد • وهذا قدر مشترك بين الشريعة والقانون •

غير أن القانون قد اعتبر الفسخ جزاء اخلال أحد المتعاقدين بالتزامه بخلاف الفقه الاسلامى الذى جعله وسيلة لانهاء العقد عند التعذر لاستيفاء المعقود عليه — كما أنه يجوز فى العقود الصحيحة اللازمة عند التعذر وفى العقود الصحيحة غير اللازمة لمن يثبت عدم لزومها فى حقه — ويطلق على هذه الحالة الرجوع عن العقد غير اللازم بطبيعته كعقد الوكالة أو العارية أو الوديعة (٣٠) •

٣ — الاقالة : — انهاء الرابطة العقدية قبل تمامها باتفاق الطرفين المتعاقدين ويطلق عليها التقايل أو التفاسخ — وهو سبب من أسباب انحلال العقد • غير أن الفقة الغربى والقانون الوضعى لم يهتم بهذا السبب ولم يجعل له أحكاما خاصة بل اكتفى بتطبيق القواعد العامة بخصوص القايل أو التفاسخ وهذا مما دفعنى أن أجعل له بحثا خاصا نوضح فيه مدى عمق وعراقة وأصالة الفقه الاسلامى وانفراده بأحكام الاقاله وحتى يستطيع المشرع أن يقنن أحكامها فى تشريع جديد فى المستقبل القريب أن شاء الله —

٨ — ولذلك نؤثر الكلام هنا عن الاقالة كسبب من أسباب انحلال العقد أو اقالته •

---

(٣٠) د• عبد الناصر العطار ص ٢٤٣ •

وأهم نقاط البحث هى :

١ ـ تعريفُ الأقالة فى الشريعة والقانون ·

٢ ـ مشروعيتها فى الشريعة والقانون ·

٣ ـ أركانها وشروطها ·

٤ ـ التكييف الشرعى والقانونى لها ·

٥ ـ نطاق الاقالة ·

٦ ـ أثارها فى الشريعة والقانون ·

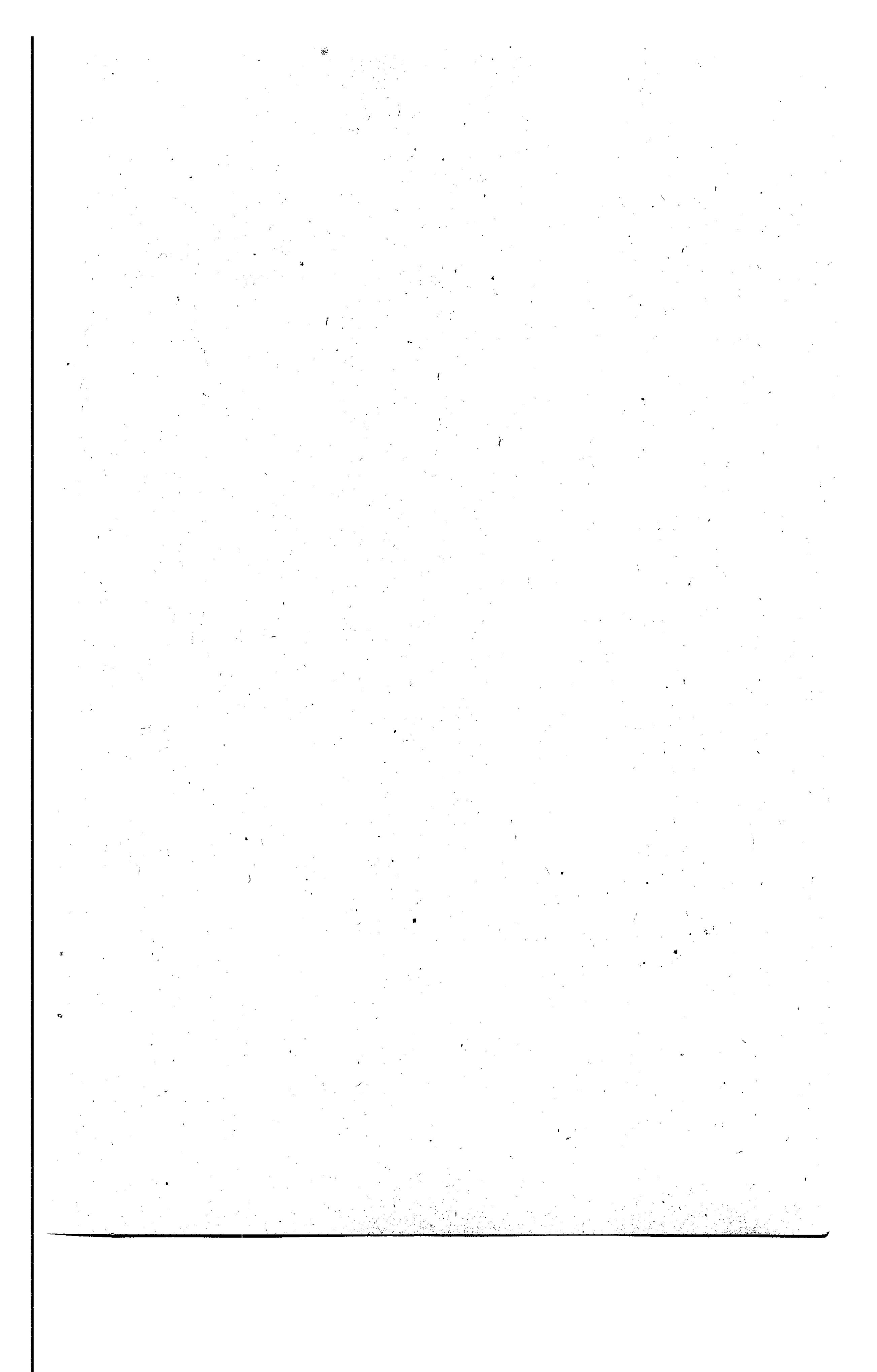
٧ ـ أهم تطبيقات الاقالة ١٠

٨ ـ حكم الشريعة فيما لو اختلف المتقايلان ·

٩ ـ وهل تجوز اقالة الاقاله ·

١٠ ـ مبطلات الاقاله ·

١١ ـ الخاتمة فى المقارنة بين الفقهين الشرعى والوضعى ·



الفصل الأول

فى تعريف الاقالة فى الشريعة والقانون

٩ ـ تعريف الاقالة لغة وشرعا ٠

(أ) الاقالة فى اللغة :

الاقالة لدى علماء اللغة العربية مأخوذة من القيل التى تتضمن معنى الفسخ والازالة والرفع فيقال : أقلت البيع اقـالة أى فسخته (١) وأقلت الهبـة أى أزلتها ورجعت فيها ٠

(ب) الاقالة شرعا ٠

١ ـ عبارة عن رفع العقد وفسخه ٠ (٢) ٠

٢ ـ وعرفها البعض بأنها : عقد يتفق فيه طرفان على رفع عقد سابق بينهما ، أى على فسخه والغاء حكمه وآثاره (٣) ولكن اعترض على التعريف الاول بأنه غير مـانع من دخول الغير فيه ولذلك لايعمل بـه ولا يلتفت اليـه لأنـه عـام يشـمل الرفع بالاقالة وبالارادة المنفردة (الغاء العقد والرجوع عنه) أو بحكم حاكم ٠

---

(١) مختار الصحاح ص ٥٦٠ ، المصباح المنير جـ ٢ ص ٧١٦ ٠

(٢) البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ١١٠ ، ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٩ ٠

(٣) المدخل الفقهى العام (الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد) ٠
د٠ مصطفى أحمد الزرقاء جـ ١ فـ ٢٩٠ ص ٥٦١ دار الفكر ٠

وقيل بأن التعريف الثانى غير جـامع · لأن رفـع العقد يحتاج الى شروط معينة لابـد من وجودها بـل العقد المقال لـه خصائصه وصفاته ومميزاته التى تميزه عن غيره من العقود التى لا تقبل الاقالة حيث أن مجالها العقود اللازمه مـاعدا عقد النكاح · فاذا انعقد صحيحا سليما لا تجرى فيه الاقالة والالغاء ولكن ينتهى بالطريق الذى حدده له الشرع كالخلع والطلاق ·

٣ ـ وقيل بأن الاقالة : اتفاق العاقدين أو من يقوم مقامهما على رفع حكم العقد القابل لذلك بشروط مخصوصه) (٤) وهذا التعريف هو الذى أميل اليه وأرجحه ويجب الاخذ به لأنه جامع مانع بل أبرز كل ما هو مطلوب للأقالة من قيود وخصائص وطبيعة محلها · ونطاقها وهذا يتضح للقارىء من شرح التعريف الذى أخذنا به ووضحناه ·

شرح التعريف :

ان كلمة (اتفاق) حنس فى التعريف ينـدرج تحته كل اتفاق على الاقالة أو الانعقاد ، وخرج به الاختلاف · ويخرج أيضـا باتفاق العاقدين اتفاق غيرهما كاتفاق الفضوليين (أو من يقوم مقامهما) قيد فى التعريف ، والغرض من ذكره هو جواز الانابة عنهما أو عن أحدهما فى الاقالة كما لو تمت بين وكيلين عن الطرفين أو بين طرف ووكيل عن الآخر · اذن لابد فى الاقالة من طرفين متقايلين · وكل منهما (مقيل أو مقال)

---

(٤) فسخ العقد فى الشريعة الاسلامية د· على مرعى · رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون ص ٤٦٧ سنة ١٩٧٢ م

انقضاء العقد بالالغاء والرجوع د· اسماعيل عبد النبى ص ١٠٢ وقد أخذ ورجح هذا التعريف وقام بشرحه واخراج محترزاته · وهو موضوع رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٨٢ ·

بصيغة الفاعل أو المفعول نظرا الى فعله أو الى فعل رفيقه والعقد المفسوخ بالاقالة عقد (مقال) (٥) ٠

والمراد من ذكر قوله (على رفع حكم العقد والقابل لذلك) هو بيان طبيعة الاقالة ونطاقهما وبأنها رفع حكم العقد حتى يخرج بذلك الاتفاق على انشاء عقد جديدأو على نقض حكم عقد لاتقبل طبيعته ذلك كالزواج ٠ وفضلا عن ذلك فان العقود الغير لازمة فان فسخها ليس فى حاجة الى اتفاق بل تفسخ بارادة واحدة مثل الوكالة والمضاربة والوديعة والعارية ٠

١٠ ـ تعريف الاقالة فى القانون :

الاقالة :

(أ) هى اتفاق المتعاقدين على وضع حد للعقد أو الغائه ٠ (٦) أو توافق ارادة المتعاقدين على أنحلال العقد الذى سبق أن أبرم بينهما (٧) ٠

(ب) وقيل بأنها عبارة عن (اتفاق المتعاقدين على انهاء العقد الصحيح أى فسخه) (٨) ٠

---

(٥) د٠ مصطفى الزرقاء المرجع السابق ص ٥٦١ ٠
وقيل بأن الاقالة هى : رفع العقد المالى بوجه مخصوص واليه ذهبت الشافعية فى حاشية الجمل على شرح المنهاج ج ٣ ص ١٣٨ وهو تعريف لا بأس به لأنه يبين بأن الاقالة لا وجود لها الا فى العقود المالية ٠ والعقد المالى هو عقد ذو مقابلة مال بمال كالبيع أو مال بمنفعة كالاجارة ٠

(٦) د٠ حشمت أبو ستيت ٠ فى نظرية الالتزام ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ ٠
د٠ محمد كامل مرسى ـ الالتزامات ط سنة١٩٥٤ ص ٣٥٦ ٠
د٠ جلال العدوى ـ أصول المعاملات ص ٢٦٢ ٠

(٧) دروس فى مصادر الالتزام د٠ عبد الخالق حسن ص ٢٧١ ٠

(٨) نظرية الالتزام د٠ عبد الناصر العطار ص ٢٤٣ ٠

(جـ)وقيل بأنها (ازالـة العقـد بمقتضى اتفـاق لاحـق لابرامه) (٩) ٠ كما لو باع تاجر لأحد عملائه سلعة معينة ٠ ثم اتفقا بعد ذلك على أن البيع لا وجود له وكـأن لـم يكن ٠ ويأخذ العميل الثمن ، والتاجر سلعته ٠

ولكن يعترض على هذه التعاريف بأنهـا غير جـامعة وغير مانعة لأنها لم تحدد نطاق الأقالة ولم تبين خصائصها وطبيعتها ٠ فهى تعاريف عامة وشاملة للعقود اللازمة والغير لازمة علما بأن الأخيره لها وسائل أخرى لانهائها ٠ والاقالة لاتتحقق الا مع عقد صحيح لازم واجب النفاذ ٠

المقارنة :

وبالمقارنة بين التعـاريف الشرعية والقانونية ٠ نجـد الحقيقة والمعنى والأثر واحد لا اختلاف فى الجوهر لأن فقهاء القانون قد اقتبسوا التعاريف الخاصة بالاقـالة من الفقه الاسلامى الذى كان ولازال وسيظل له دوره الفعال فى وضع الأسس والقواعد السليمة الصحيحة لتنظيم المعاملات بين الناس أفرادا وجماعات ٠

وكان من أثر الاقتباس أن ما وجه من أعتراض للفقهين الاسلامى والوضعى واحـد من كون التعاريف غير جـامعة

---

(٩) نظرية العقد د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٦٠ سنة ١٩٨٤
ويطلق على الاقالة التقايل أو التفاسخ كسبب لانحلال العقـد بجانب الفسخ والانفساخ وهو نظام يقوم على تراضى طرفى العقد على ازالته بعد ابرامه ٠
أنظر الفسخ والانفساخ والتفاسخ ٠ محمد المصرى ، ومحمـد عابدين ص ٤١ ٠

وغير مانعة مما يدفعنا للقول بأن التعريف الذى رجحناه هو ما يجب العمل به ويضعه المشرع فى اعتباره حينما يقنن للأقالة أحكامها الخاصة بها وهو (اتفاق المتعاقدين أو من يقوم مقامهما على رفع العقد القابل لذلك بشروط مخصوصة) ٠

١٠ ـ الفرق بين الإقالة والفسخ والتعديل فى العقد (١٠)

ان الأقالة والفسخ يتفقان فى أن كلا منهما سبب من أسباب انحلال العقد كما بينا ٠ ولكن الفرق يتضح من أمرين :

الأمر الأول : ان الاقالة لا تتحقق الا بالاتفاق أى بالتراضى عليها بين الطرفين ويكون ذلك بعد تمام العقد ٠ فالاتفاق لابد أن يكون لاحقا لوجود العقد ٠ أما الفسخ فانه يقع بحكم القاضى وهذا هو الأصل ٠ واما أن يقع بقوة القانون وذلك فى حالة ما لو أتفقا على الفسخ عند الاخلال بالالتزام دون الرجوع الى القضاء ٠

الأمر الثانى : لا يلزم لوقوع الاقالة أن يكون أحد طرفى العقد قد أخل بالتزام طالما أن هناك أتفاقا بوقوعها ٠ بخلاف الفسخ فانه يلزم لوقوعه وجود خلل من أحدهما لأن الفسخ جزاء لهذا الاخلال ٠

الاقالة والتعديل فى العقد :

يجب أيضا على الباحث ألا يخلط بين الاقالة فى العقد ومجرد التعديل فيه (فالاقالة لا تكون الا حيثما يقتضى العقد الجديدازالة العقد الأول برمته ٠ أما اذا لم يكن من شأن

---

(١٠) د٠ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٦٦١ ـ ٦٦٢ ٠

العقد الجديد أن يزيل العقد الأول ، وأمكن له أن يقوم الى جانبه ، وان غير فى بعض أحكامه التى لا تمس أصله وأساسه فاننا لا نكون بصدد الاقالة من العقد القديم ، وانما بصدد مجرد اجراء التعديل فيه)(١١) مثل ما لو اتفق المتعاقدان فى عقد البيع على أن يكون تسليم الشىء المبيع أو دفع الثمن فى أجل محدد ، ثم أتفقا بعد ذلك فى تاريخ لاحق على تغيير هذا الأجل السابق تحديده ، فان التغيير المتعلق لا يعد اقالة ولكن يعد تعديلا لبند من بنود العقد .

الاقالة والالغاء :

هما سببان من أسباب انحلال العقد ، ولكن اذا كانت الاقالة تتم باتفاق ارادتين فان الالغاء يتم بارادة واحدة فى العقود التى تسمح طبيعتها بذلك كما فى عقود الوكالة والقرض والوديعة (١٢) بخلاف الاقالة التى لا تتم الا باتفاق الطرفين وفى العقود اللازمة والنافذة .

---

(١١) المرجع السابق ص ٦٦٢ ، وانظر محمد الصرى ومحمد [illegible] فى المرجع السابق حيث ذكر فيه انه (ينبغى عدم الخلط بين التقايل فى العقد أو التعديل الذى يرد عليه فاذا كان تلاقى الارادتين أو اتفاق العاقدين يتجه نحو ازالة العقد الأول فاننا نكون بصدد عقد التفاسخ أما اذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول كلية فنكون بصدد تعديل باعتبار أنه سيسرى جنبا الى جنب مع العقد الأول) .

(١٢) المواد ٧١٥ — ٧١٦ ، ٥٤٤ ، ٧٢٣ مدنى مصرى .

الفصل الثاني

١٢ ـ شرعية الاقالة فى الشريعة والقانون :

ان الاقالة كسبب لانحلال العقد لها أهميتها وقيمتها فى الحياة العملية والعلمية فضلا عن المعنى الأدبى والأخلاقى والدينى الذى تحمله فى طيها ٠ وأحكامها الذى تنفس كرب المكروبين وتيسر على المعسرين وتزيل ندم النادمين وتدفع حاجة المحتاجين ٠ فقد يندم أحد أطراف العقد وتحدثه نفسه بالرجوع عن عقد أبرمه لظروف ما ٠ وهو لا يملك ذلك اذا كان العقد صحيحا نافذا لازما ٠ ولا يستطيع التحلل من هذه الرابطة الا بالاقالة ٠ حيث يلجأ الى المتعاقد الآخر ويتوسل اليه ويتفق معه على انهاء العقد ٠ فاذا قبل ذلك منه فكأنما أقاله من عثرته ونفس عنه كربه وبسر عليه واستجاب لرغبته وهذا أمر مندوب له جزاؤه فى الدنيا والآخرة ومن هذا المنطلق نجد الاقالة مشروعة لحاجة الناس اليها فى بعض الأوقات والدليل على مشروعيتها الكتاب والسنة والاجماع والمعقول ٠

(أ) الدليل من الكتاب على مشروعية الاقالة قول الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ٠ ولا تعاونوا على الاثم والعدوان واتقوا الله ان الله شديد العقاب) ٠(١٣)

فالاقالة والاستجابة اليها من الطرف الآخر ضرب من ضروب التعاون على البر والتقوى والمحبة والمودة والتآلف

---

(١٣) سورة المائدة الآية رقم ٢ ٠

بين الناس بعضها مع بعض ٠ وقوله تعالى (فاصفح الصفح الجميل (١٤)) أمر بالعفو والصفح عن الناس ٠

(ب) ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم (من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته) (١٥) ووجه الدلالة ٠

من الحديث أن الرسول (ص) حث عليها ورغب فيها لما لها من أجر عظيم وثمرة طيبة ووعد من الله بالجزاء فى الآخرة ٠ والأحاديث كثيرة عن رسول الله (ص) فتبين أنه يحث على قبول الاقالة بوجه عام لما فيها من معروف وسماحة فى التعامل بين الناس ٠

(ج) الاجماع ـ أجمع فقهاء المسلمين على شرعية الاقالة وصحتها والندب اليها والترغيب فيها ولم يثبت أن أحدا من العلماء أنكرها وقال بعدم شرعيتها ٠ وبهذا ثبت الاجماع وكان دليلا على المشروعيه ٠ ويؤيد ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم (رحم الله رجلا سمحا اذا باع واذا اشترى واذا قضى واذا اقتضى) ٠

(د) المعقول : فان العقل يقبلها ولا يتعارض مع الدافع اليها تيسيرا لمن ندم على عقد قد أبرمه وأراد الرجوع فيه قطعا للشك ومنعا للقيل والقال والحقد والكراهية ورحمة للناس فى معاملاتهم التى لاتتوقف نظرا للحاجة اليها ٠ فانها سنة حسنة ومندوبة ندب اليها الشارع الحكيم ٠

والأصل فى الاقالة الاباحة وقد يلحقها الندب فى حالة الندم على التعاقد من الطرفين أو من أحدهما

---

(١٤) سورة الحجر الآية ٨٥ وتفسير الكشاف للزمخشرى ج ٢ ص ٣٩٧ ٠
(١٥) سبل السلام ج ٣ ص ٣٣ ٠

على التصرف الذي وقع بينهما والأحـاديث التى ذكرت خير دليل على أن الاقالة مندوب اليها لمـا وعد به الرسول (ص) للمقيلين بالأجر والثواب فى الآخرة لأنها تتضمن أنقاذا من عثرة أو تخليصا من زلة وقع فيها أحد المتعاقدين غالبا ٠

الاقالة الواجبة : (١٦)

وقد تكون الاقالة واجبة فى حالة مـا لو وقـع العقد غير مشروع أى مكروه أو فاسد ٠ كالبيع اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة ٠ والبيع الفاسد عند الحنفية ٠ ولذلك يجب على كل من المتعاقدين رفع العقد صونا لهم عن المحظور ولا يتأتى ذلك الا بالاقالة ، كما أن رفع المعصية واجب بقدر الامكان وهـذا تصريح بوجوب الاقالة فى العقود المكروهه والاقالة واجبة أيضا فى حالة الضيق اليسير الذى لحق بالبائع بخلاف الغبن الفاحش فانه مبطل للعقد يوجب الرد حتما (١٧) ٠

١٣ - شرعية الاقالة فى القانون المدنى ٠

ان القوانين الوضعية والكتب الشارحة لهذه القوانين لم تهتم بموضوع الاقالة كما اهتم بها الفقه الاسلامى ٠ فهى لا تشغل فى الفقه الوضعى الا مكانا ضيقا ومحدودا ولا تكاد تذكر الا عند الاشارة الى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات (١٨) تسرى عليها القواعد والمبادىء العامة فى الاتفاقات والعقود ٠

« ولم يشر قانوننا المدنى فى نصوصه الى التفاسخ أو الاقالة ولكن لاشك فى اعماله تحت ظله ٠ فهو مجرد تطبيق

---

(١٦) حاشية الطحاوى جـ ٣ ص ٩٠ ٠
حاشية المختار جـ ٥ ص ١٢٠ ٠
(١٧) سبل السلام جـ ٣ ص ٤٣ المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٦٠٥ ٠
(١٨) د٠ السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى وقد تحـدث عن أحكامها فى الفقه الغربى والفقه الاسلامى جـ ٦ ص ٢٤٤ وما بعدها ٠

للقواعد العامة · اذ ما يستطيع توافق الارادتين كلتيهما أن يفعله ، يستطيع بعد أن يقيمه أن ينقضه وذلك فى الحدود التى لا تضر الغير بطبيعة الحال » (١٩) ·

ومن هذا المنطلق نجد أنه لا مانع من شرعيتها والعمل بها فى ظل القواعد العامة للقانون المدنى المصرى كعقد من العقود الآخرى طالما أنه قد توافر فيها شروط انعقادها وصحتها كغيرها من العقود ·

ونأمل أن يضع لها المشرع فى التقنين المدنى الجديد المبادىء والأحكام الخاصة بها وفقا للفقه الاسلامى حتى يتمشى مع القوانين العربية التى أخذت أحكام الاقالة من الفقه الاسلامى وخصوصا المذهب الحنفى فالقانون المدنى العراقى قد نص على مشروعيتها والعمل بها عند الحاجة دفعا للحرج وراحة للنفوس (٢٠) وكذلك القانون الأردنى (٢١) والقانون الكويتى (٢٢) ومن هنا نرى أن الفقه الاسلامى والقانون الوضعى يتفقان فى مشروعية الاقالة وأهميتها

---

(١٩) أ·د· عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق ص ٦٦٢ ف ٣٣٤ ·
أ·د· أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ص ٣٥٥ وما بعدها ·

(٢٠) فقد نص القانون المدنى العراقى على أحكام الاقالة فى المواد الآتية :
م ١٨١ (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده) ·
م ١٨٢) ١ - يلزم أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ·
٢ - ففى البيع يلزم أن يكون المبيع قائما وموجودا فى يد المشترى · ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن · أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة ·
م ١٨٣ (الاقالة فى حق العاقدين فسخ ، وفى حق لغير عقد جديد ·)
وانظر المادة ١٧٦ ، ١٧٧) عراقى جديد ·

(٢١) المادة ٢٤٤ مدنى أردنى ·

(٢٢) ٢١٧ مدنى كويتى ·

ولاتعارض بينهما غير أن الفقه الاسلامى كان له قصب السبق حينما أرسى قواعد الاقالة وجعل لها أحكاما خاصة بها وعلى هديها سار الفقه الوضعى شرقا وغربا ٠

١٤ ـ حكمة مشروعية الاقالة :

ومن الآيات والأحاديث السابقة والأدلة الشرعية والاحكام التى تلحق الاقالة من اباحة وندب ووجوب تظهر جلية حكمة مشروعيتها ٠ لشدة الحاجة اليها لمعاملات الناس فى حياتهم المستمرة لأن الانسان مهما أعطاه الله من مال وجاه وسلطان وصحة وقوة وأولاد وحشم وخدم فهو فى أشد الحاجة الى الآخرين الصانع والزارع والتاجر والطبيب والحارس فلايستطيع أن يعيش وحده بعيدا عن هؤلاء مدعيا أن لديه أكتفاء ذاتيا ٠ وصدق الله العظيم حينما قال فى دستوره السماوى (يأيها الناس أنتم الفقراء الى الله والله هو الغنى الحميد ان يشأ يذهبكم ويأت بخلق جديد ٠ وما ذلك على الله بعزيز) (٢٣) ٠

فمن منطلق التعامل بين الناس ربما يقع البيع محرما لوجود خلل فى الأمر المجاور غير اللازم له رغم توافر شروطه وأركانه كالبيع وقت صلاة الجمعة (٢٤) فهنا شرعت الاقاله لرفع الاثم الذى ارتكبه العاقدان ولا يرفع الاثم الا برفع العقد وازالته ونقضه ولا يتحقق ذلك الا بالاقاله ٠

---

(٢٣) سورة فاطر للآيات : ١٥ ـ ١٧ ٠

(٢٤) لدى من يقولون بأنه ينعقد كالحنيفة والشافعية ٠ رد المحتار ص ٥ ص ١٢٠ المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٣٨٠ ٠

وفضلا عن ذلك فانها شرعت أيضا لازالة الندم والحزن والغم والكرب الذى يلحق بهما أو بأحدهما وذلك لا يتم الا بنقض حكم العقد الذى وقع صحيحا ولازما للطرفين ولايجوز لأحدهما أن يتحلل أو يرجع عنه الا باتفاق الطرفين عن طريق التقايل أو التفاسخ .

وهذا أمر ندب اليه الشرع وأعد الله لمن قبل الاقالة من الجزاء والثواب العظيم بفضل منه ورحمته يوم القيامة فى اليوم الذى لاينفع فيه مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سليم

الفصل الثالث

١٤ ـ انعقاد الاقاله ونفاذها فى الشريعة والقانون :

فالاقاله بلا شك عقد من العقود يجب أن تتوافر أركانه وشروط صحته · حتى تترتب عليه آثاره · وهذا عند رأى من يقولون بأنها عقد جديد · ولذلك نريد أن نبين هنا أركان الاقاله ثم الشروط التى يجب أن تتوافر فيها ·

١٥ ـ أولا ـ أركان الاقاله:

لقد ثار خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية حول تحديد أركان الاقاله فى الفقه الاسلامى هل هو ركن واحد وهو الصيغة أم ثلاثة أركان (١) الصيغه (٢) والعاقدان (٣) والمحل وأساس هذا الخلاف بين الفقهاء هو :

هل الاقاله فسخ أم بيع جديد ؟ ؟ ؟

فمن قال بأنها فسخ اكتفى بركن واحد هو الصيغة الدالة على التراضى (١) وهذا ما ذهب اليه الحنيفه · والتراضى يكون بالايجاب من أحد الطرفين والقبول من الآخر شريطة أن يدلان على الاقاله كقول أحد المتعاقدين رفعت العقد فقال الآخر قبلت

وذهب فقهاء الحنيفة بأن التعبير عن الاقاله أمر جائز وصحيح مطلقا أى سواء أكان التعبير بالايجاب والقبول بصيغة الماضى أم كان أحدهما بصيغة المستقبل والآخر بلفظ

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى الحنفى جـ٥ صـ٣٠٦ ومابعدها حاشية ابن عابدين جـ٥ صـ١٢٠ وما بعدها
الهداية للمرغينانى جـ ٣ صـ ٥٤ وما بعدها ·

الماضى كقول أحدهما أقلنى فرد الآخر بقوله أقلتك وخالفهم فى ذلك الامام محمد الحنفى حيث رأى بأن الاقاله لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى (٣) قياسا على البيع معللا ومرجحا قوله فقال (ان ركن الاقاله هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى • وكذا ركن الاقاله) •

ولكن يرد عليه بأن هذا قياس مع الفارق يقولهما أبو حنيفه وأبو يوسف (ولهما الفرق بين الاقاله وبين البيع وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة فى البيع معتاد فكانت اللفظة محموله على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقاله لأن هناك لايمكن حمل اللفظ على حقيقتها لأن المساومة فيها ليست بمعتاده فيحمل على الايجاب • ولهذا حملناها على الايجاب فى النكاح) (٤) •

ويرى جمهور الفقهاء (٥) بأن أركان الاقالة ثلاثة بناء على أنها بيع جديد • وهى :

---

(٣) وبهذا المعنى نص الكاسانى فى بدائع الصنائع ج٥ صـ ٣٠٦ حيث قال (أماركنها (أى الاقالة) فهو الايجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر ، فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام فى صيغة اللفظ الذى ينعقد به الركن فنقول لا خلاف أنه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى بأن يقول أحدهما أقلت والآخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل تنعقد ـ بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل بأن قال أحدهما لصاحبه أقلنى فيقول أقلتك • أو قال له جئتك لتقلنى فقال أقلت • فقال أبو حنيفه وأبو يوسف رحمهما الله ينعقد كما فى النكاح • وقال محمد رحمه الله : لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى كما فى البيع • • • الخ) •

(٤) بدائع الصنائع جـ٥ صـ٣٠٦ ونفس المعنى أبن عابدين جـ٥ •

(٥) المجموع شرح المهذب للنووى ج١٢ صـ٢٦٥ نهاية المحتاج للرملى ج٣ ص١٤٣ والمغنى لابن قدامة ج٤ صـ١٢٠ •

١ ــ العاقدان أو من يقوم مقامهما كورثتهما أو من وصيهما ٠

٢ ــ الصيغة التى تتمثل فى الايجاب والقبول الدلان على الاقالة ٠

٣ ــ المحل : وهو الشىء الذى يقع عليه التقايل أو الفسخ ٠

وبعد ذكر أراء الفقهاء فى أركان العقد فانى أميل الى رأى جمهور الفقهاء الذين يقولون بأن أركان الاقاله ثلاثه لأنه يتفق مع المبادىء والقواعد العامة ٠ ومع التعريف الذى رجحناه سابقا والخاص بالاقاله ٠

١٦ ــ أركان الاقاله فى القانون المدنى ٠

الاقاله من العقد كالعقد سـواء بسواء يجب أن يتوافر فيها أركان العقد ــ (١) الرضا (٢) والمحل (٣) والسبب (٤) والشكلية ٠ فالرضا وهو الايجاب والقبول من الطرفين أو من ينوب عنهما فكما ينشأ العقد بهما ٠ يزول اقالة بهما (٦)

واذا قلنـا بأن الاقــاله يلزم لحصولها طرفان ــ يصدر عنهما الأيجاب والقبول ٠ فانه لايفهم منه أنها لاتتحقق الامن طرفين فقط فهذا هو الغالب فى الحياة العملية للأفراد ــ (حيث تحصل الاقاله من العقد المــبرم بين طرفين باتفاقهما معــا

---

(٦) للذلك يقول أ٠د / عبد الفتاح عبد الباقى فى انعقاد الاقالة : ان (الاقالة أو التقايل أو التفاسخ لا تعد وأن تكون عقدا يبرم بقصد ازالة عقد آخر سبق ابرامه بين نفس الأشخاص واعتبارة كأن لم يكن ٠ فلا يلزم من ثم لقيام الاقالة بعد توافر الأركان والشروط التى تمليها القواعد العامة لأنعقاد العقود بوجــه عــام ، الا أن ينصب رضاء طرفيها كليهما ، على اعتبار العقد الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم يكن ٠ وأن يكون فى مقدورهما أن يتمشيا مع الغاية التى يقصدانها) أنظر صـ٦٦١ ٠

كالبيع مثلا فان أبرم العقد من أطراف متعددة كالشركة والقسمة حصلت الاقاله باتفاق هذه الأطراف جميعا)

فلا تكفى ارادة أحدهم فى الاقاله ، فما تقيمه الارادة مشتركة ، لاتنقضه بحسب الأصل ارادة منفرده (٧) ويشترط فى الرضا : مايأتى :

١ ـ أن يكون صادرا ممن له أهلية كامله وخاليه من عيوب الاراده وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ٠

٢ ـ أن يكون الايجاب والقبول متطابقين فى الاقاله قياسا على انشاء العقد الأصلى الذى يشترط فيه ذلك وهما قد يكونا صريحين أو ضمنيين أى يستدل على الاتفاق من ظروف الحال بشرط أن تكون قاطعه الدلاله على حصوله ٠ فالاتفاق على زوال عقد بعد حصوله لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى اليه ٠ علما بأن استنتاج وجود الاتفاق الضمنى على الاقاله أمر يدخل فى رحاب الواقع ٠ مادام استخلاصة يقوم على أسباب سائغة قانونا (٨) ٠

---

(٧) نقض ٣/٣ سنة ١٩٧٩ طعن ٤٢/٢٢٤ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٥٤٦ رقم ١١١ وانظر أ٠د / عبد الباقى فى المرجع السابق ص ٦٦١ ٠

(٨) أنظر نقض ٣/٣ سنة ١٩٧٦ السابق حيث جاء فيه (لئن كان الأصل فى العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر ، الا أنه ليس ثمت ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقايل منه ٠ وأيا ماكان الرأى فطبيعته هذا الاتفاق ، وهل يعد تفاسخا أوابراما لعقدجديد ٠فأنه كما يكونبايجاب وقبولصرحين =

٣ ـ ويلزم فى الرضا أن تهدف ارادة المتعاقدين على رفع العقد وازالته من أصله وكأنه لم يكن له وجودا ويترتب على ذلك أنه لو تم اتفاق بين المؤجر والمستأجر على انهاء عقد الايجار قبل مضى المدة المحددة فأن ذلك لا يطلق عليه اقاله شريطة الا يمس الاتفاق مانفذ من العقد · وأيضا لو قام شخص ببيع الشىء الذى اشتراه لنفس البائع

= يصح بايجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد · وبحسب محكمة الموضوع اذا هى قالت بالتقايل الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن ارادتى طرف العقـــد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد · وقد استخلصت محكمة الموضوع ،فى واقعات النزاع المعوض ، تقايل ايجاد حديقة من عدم تنفيذه مدة طويلة)· وانظر نقض ١٦ / ٢ / ١٩٦٧ طعن ٣٣/٦١ مجوعة النقض ·

س١٨ صـ٣٩٤ رقم ٩٥ حيث قالت (استخلصت محكمة الموضوع التقايل الضمنى فى عقد بيع من انذار وجهه المشترى الى البائع بأنه لايقبل الصفقة الا بنصف الثمن المتفق عليه فى الأصل ، تلاه انذار من البائع للمشترى بلغه فيه باستعداده للمضى فى اجراءات التسجيل وانه اذا لم يتقدم لذلك فان العقد يعتبر مفسوخا ، فسكت المشترى ، وأخيرا رفع المشترى دعوى يطالب البائع فيها برد العربون مع التعويض) ·

وانظر نقضى ٣/٣ سنة ١٩٧٦ السابق وأيضا نقضى ٤/١٥ سنة ١٩٤٨م مجموعة عمـر جـ٥ صـ٦٠١ رقم ٣٠٢، نقضى ٢/١ سنة ١٩٦٩م طعن ٤٣/٤٧٢ق مجموعة النقض س ٢٠ صـ٧ رقم ٢ ـ حيث قالت فى حكمها ـ (بعد أن يعين الحكم أن استخلاص نية العاقدين فى وقوع التفاسخ الضمنى يدخل فى سلطة قاضى الموضـــوع التقديرية طالما ينبنى على أسباب سائغة · · وصـل الى أن استخلاص التفاسخ مـع استمرار تمسك الطرفين بالعقد دون أن يدعى أحدهما حصول التفاسخ يتمثل فسادا فى الاستدلال فما يوجب نقض الحكم المطعون فيه) وقارن نقضى ١١/٢١ سنة ١٩٧٤ طعن ٣٩/٨٢ق مجموعة النقض س ٢٥ ص١٢٥٤ رقم ٢١٣ ـ مشار اليه أ٠د / عبدالفتاح عبد الباقى فى مؤلفه السابق هامش ص ٦٦٣ ·

فهذا لا يسمى اقالة لانه بيع ثان . فالطرفان لا يعتبران أنهما رفعا العقد الأول وتقايلا الا اذا كانت ارادتهما تهدف على اعتبار البيع كأن لم يكن أصلا ولا وجود له .

المحل - ان محل الاقالة هو الغاء الالتزامات التى نشأت من العقد المقال . شريطة أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد أحد الطرفين والا لما جازت الاقاله .

السبب : اذا قلنا بأن الاقالة عقد . فان كل عقد له سبب دافع الى التعاقد وهذا السبب لابد أن يكون مشروعا والا يكون مخالفا للنظام العام والاداب العامة فالاقالة بلاشك لها سبب خاص دفع المتقايلين الى رفع وازالة العقد السابق وهو ركن من أركان العقد . يجب توافره .

الشكلية : ان المشرع قد يشترط الشكلية فى بعض العقود لأهميتها ولخطورتها أو حفاظا على الأموال أو حقوق الغير من الضياع والاهمال كعقد الهبة والرهن الرسمى . فان الرسمية فيها ركن لا يتم التعاقد الا بها .

وكذلك اذا كان العقد الذى حصلت الاقالة منه عقدا شكليا فان الاقالة لا تنعقد الا بنفس الشكلية التي أنشأت العقد (فلابد اذن من ورقة رسمية للاقالة من الهبة والرهن الرسمى) (٩) .

وبالمقارنة بين أركان الاقالة فى القانون المدنى والشريعة الاسلامية نرى بأنهما قد اتفقا فى الاركان لأنها من المبادىء والأسس العامة التى لابد منها فى كل اتفاق بل زاد المشرع

---

(٩) مصادر الحق فى الفقه الاسلامي د. السنهورى صـ٢٤٤ .

الوضعى فقط الرسمية فى عقد الهبة والاقالة منه وكذلك الرهن الرسمى لأهميتها وخطورتها فى هذه العقود ونظائرها ٠

ثانيا ـ شروط الاقالة فى الشريعة والقانون :

فضلا عن توافر الاركان السابقه

لانعقاد الاقالة : وهى الرضا الصحيح الصادر من ذى أهلية كاملة وخالية من العيوب السابقه ٠ وكذلك المحل والسبب والرسمية ٠ فانه لابد من توافر الشروط الآتية حتى يتم انعقاد الاقالة ويترتب عليها أثرها ٠

١ ـ المجلس ـ هو المكان الذى ينعقد فيه العقد بصدور الايجاب والقبول من الطرفين وهما فى مجلس واحد دون أن يفصل بينهما فاصل يدل على اعراض أحدهما عما صدر منه ٠ فاذا كان اتحاد المجلس شرطا أساسيا لصحة العقد فكذلك شرطا أساسيا لصحة الاقالة لأن معنى العقد موجود فى الاقالة فيشترط لها المجلس كما يشترط للعقد سواء بسواء غير أن العقد فيه ربط وانشاء ونقل والاقالة منها رفع وازالة وانهاء ٠ وفى كلا الحالتين فيه اتفاق يحتاج الى مجلس يتم فيه العقد

٢ ـ تقابض بدلى الصرف فى الاقالة من الصرف (١٠) لأن الاقالة حل للعقد ومقتضى ذلك رجوع العوضين الى ذويهما لأن قبض البدلين انما وجب حقا لله تعالى ٠ وهذا الحق لا يسقط باسقاط

(١٠) بدائع الصنائع للكسانى جـ٧ ص ٢٤٠٠ البحر الرائق جـ٦ ص ١١٠ د٠ السنهورى فى مصادر الحق ص ٢٤٩ ٠ د٠ اسماعيل شاهين فى رسالته ص ١٠٥ ٠

العبد والاقالة على أصله · ومعنى ذلك أن المشترى يأخذ الثمن دون زياده أو نقص ·

والبائع يأخذ الشيء المبيع وبهذا ينحل العقد وكأنه لم يكن ·

٣ ـ قابلية العقد للفسخ : ومعنى ذلك أن العقد المقال يكون قابلا للفسخ والا فلا تجوز الاقالة منه مثل ما لو زاد الشيء المبيع زيادة تحول بينه وبين الفسخ ، فان الاقالة لا تجوز فى هذه الحالة وهذا هو ما ذهب اليه أبو حنيفة وزفر ـ خلافا لأبى يوسف الذى لم يشترط لصحة الاقالة هذا الشرط (١٢) ·

٤ ـ وجود المحل وقت الاقالة :

ومقتضى هذا أنه لابد أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد أحد العاقدين · فان هلك أو لحقه تلف أو حصل تصرف فيه للغير · لما جازت الاقالة ، بل وقعت باطلة لاستحالة محلها · فالغاية من الاقالة اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها وقت أبرام العقد · والا فلا داعى لها ·

---

(١٢) ولذلك قيل (فلو زادت المبيعة بعد القبض زيادة منفصلة تجوز الاقالة عنده (أبو يوسف)) لأنها تمليك من الجانبين لعوض مالى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الألفاظ المجرده حاشية ابن عابدين جـ٥ صـ١٢٢ بدائع الصنائع ص٣٠٩ ·

واذا هلك أو تلف أو تصرف فى بعض المعقـود عليـه صحت الاقالة فى الجزء الباقى بقـدر حصـته فى الثمن من المقـابل ٠

وهذا الشرط فى نظرى لا يعتبر شرطا مستقلا بذاته كما هو السائد فى الفقه الاسلامى بل يعتبر شرطا فى المحل الذى هو ركن أساسى فى جميع العقود ٠ شريطة أن يكون موجودا أو قابلا للوجود معينا أو قابلا المتعيين النافى للجهالة به ٠

موقف القانون المدنى :

١٨ ـ ان الشروط السابقة للاقالة فى الفقه الاسـلامى يجب أيضا توافرها فى الفقه الوضعى وخاصة القانون المدنى الذى لم يتضمن هذه الشروط لأنه لم يهـتم بتنظـيم الاقالة أصلا ٠ لكن لا مانع من الأخذ بها فى ظل المبادىء القانونيـة العـامة ٠

ولذلك يقول الأستاذ الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقى واذا كان قانوننا المدنى المصرى لم يتضمن مثل هذا الشرط (قيام المبيـع وقت الاقالة) ٠ حيث انه لـم يعرض لتنظيم الاقالة أصلا ٠ الا أنه يتعين الأخذ به تحت ظله ٠ لأنه لا يعد أن يكون تطبيقا للقواعد القانونية العامة) ويترتب على ذلك أن الاقالة فى البيع يشترط فيها أن يكون الشىء المبيع قائمـا وباقيا فى يد أحدهما وقت الاتفاق عليها (ولكن لا يمنع من امكان الاتفاق على الاقالة أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه حيث تقع الاقالة فى البـاقى ، بقدر حصـته من الثمن (١٣) ٠

---

(١٣) د٠ عبد الفتاح عبد الباقى السابق ص٦٦٤ ٠

فالشروط فى كلا الفقهين محل اتفاق ولا خلاف بينهما ولذلك يجب على المشرع أن ينص على أحكامها ويهتم بتنظيمها وفقا للشريعة الاسلامية التى لم تترك شيئا الا وبينته ٠ أو مجملا أو مبهما الا وقامت بتفصيله وتوضيحه قال تعالى (ما فرطنا فى الكتاب من شىء) (١٤) وقال سبحانه (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء) (١٥) ٠

ثالثا ـ هل يشترط وجود الثمن وقت الاقالة ؟؟

١٩ ـ ان الفقه الاسلامى والفقه الوضعى يتفقان فى أن وجود الثمن وقت الاقالة ليس بشرط لانعقادها ٠ (فاذا قبض المشترى الثمن وضاع منه ٠ فان ذلك لا يحول دون الاقالة ، اذ أن المثليات لا تهلك) (١٦) بعكس قيام المبيع وقت الاقالة فهذا شرط أساسى لانعقادها (١٧) ٠

وأساس التفرقة بينهما (أن اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع ، وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لأنه هو المقصود عليه على معنى أن العقد ورد عليه لا على الثمن لأنه يرد على المعين ، والمعين هو المبيع لا الثمن لأنه لا يحتمل التعيين وان عين ، لأنه اسم لما فى الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه ٠ وهذا يدل على أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن ٠ فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه ، فلا نتصور

---

(١٤) سورة الأنعام ٠ الآية رقم : ٣٨

(١٥) سورة النحل الآية رقم : ٨٩

(١٦) د٠ عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق جـ٦٦٤ صـ٣٣٥ ٠

(١٧) انظر بدائع الصنائع حيث قال : (ومنها (أى من الشروط) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط) صـ٣٠٩

الاقالة التى هى رفع حكم البيع فى الحقيقة · واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة ·

وكذا ان كان المبيع قائما وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا ، لأن الاقالة فيها معنى البيع ، وهلاك المبيع بعد الاقالة وقبل القبض كهلاكه بعد البيع وقبل القبض · فانه يوجب بطلان البيع فكذا يوجب بطلان الاقالة ··· ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ، ثم هلكت احداهما فى يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة ، وعلى مشترى الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لأن كل واحد منهما مبيع على حده لقيام العقد فى كل واحد منهما ··· أو لأن المبيع أحدهما والآخر ثمن ··· فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد ، وفى القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقى البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة ·

ولو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلكت احداهما بعد الاقالة وقبل الرد لا تبطل الاقالة لأن هلاك احداهما قبل الاقالة لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة بطريق الأولى لأن البقاء أسهل من الابتداء) (١٨)·

ومما سبق يتضح بأن هناك فرقا بين هلاك الشىء محل التعاقد وهلاك الثمن حيث يبطل العقد بهلاك الشىء المبيع لعدم وجود المعقود عليه أما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الاقالة لأن المثليات لا تهلك وهذا قدر مشترك بين

---

(١٨) بدائع الصنائع صـ٣٠٩ ونفس المعنى فى فتح القدير جـ٥ صـ٢٥٠ ·

الشريعة والقانون ولا خلاف بينهما فى هذا الأمر (١٩) وبهذا أخذ القانون العراقى فى المادة ١٨٢ مدنى عراقى حيث قد نظم أحكام الاقالة وفقا للمذهب الحنفى ٠

الثمن فى الاقالة :

٢٠ ـ تكون الاقالة بالثمن الذى كان أولا حتى يكون الثواب من الله وتتحقق الانسانية والمودة والمحبة والتراحم والتعاون بين المتعاقدين ٠ ولا ينقص من الثمن الأول شىء والا اعتبر ذلك من قبيل الربا المحرم شرعا وأكل أموال الناس بالباطل ٠ اللهم الا اذا ترتب على ذلك ضرر بالبائع برد هذه الصفقة فانه يجوز النقص من الثمن لدفع هذا الضرر ٠ وأهل الخبرة والمعرفة بالسلع المقالة هم الذين يقدرون الضرر وما يعادله من الثمن ٠ وكثيرا ما يقع فى الحياة العملية حيث أن بعض المحلات التى تعرض الاشياء للبيع حينما ترجع اليها المبيعات من قماش أو آلات أو سلع أخرى فانهم يرون فى ذلك ضررا عليهم مما يؤدى الى نقص من الثمن ما يساوى الضرر الذى لحق البضاعة أو يقوم المشترى بدفع ربع الثمن مثلا عند الرد على حسب قيمة الضرر : بخلاف الاستبدال فانه لا يجوز له النقص ٠

هل الاقالة بالثمن الأول يعتبر شرطا لصحتها أم لا ؟؟

٢١ ـ اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

القول الأول : القائل بأن الاقالة عقد جديد يرى بأن

---

(١٩) د٠ السنهورى فى مصادر الحق صـ٢٥٠ جـ٦

د٠ عبد الناصر العطار صـ٢٤٥ ٠ وبهذا أخذ ٠

الثمن الاول ليس شرطا لصـــحتها فمن حقهمـا الزيادة أو النقص دون حرج أو مشقة ·

القول الثانى القائل بأنها فسخ يرىبأن الثمن الأول شرط فى صحتها لأن الفسخ لا يقتضى عوضـــا زائدا فاذا كانت الاقالة بأكثر من الثمن الأول ، فالزيادة فضـل مال يعـود للمشترى بلا عوض وهذا هو الربا المحـرم شرعا · كما أن البائع يلحقه ضررا ـ والضرر منهى عنه لقول الرسول (ص) (لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) واذا كانت الاقالة بأقل من الثمن الأول فان الضرر يعود على المشترى · والبائع يأكل الربا المحرم قال تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا)(٢٠)

كيف يقدر الثمن الأول فى حالة هلاكه :

٢٢ ـ يقدر الثمن الأول فى حالة ما اذا كان الثمن عينـا ثم هلكت ويوجد مثلها فى الحال · فالعين المثلية تقـوم مقام الثمن الأول وأما اذا انقطعت عن أيدى النـاس وقـد كانت موجودة قبل الاقالة فقيمتها تقوم مقام الثمن الأول لعـدم اشتراط بقاء الثمن لصحة الاقالة ·

أما اذا كان الثمن دينا كمائة جنيه ثم كسدت بضرب مائة جنيه جديدة · فيقدر بقيمة المائة القديمة الثمن الأول · لأن الدين ثابت فى الذمة وما يثبت فيها لا يحتمل الهلاك (٢١) ·

---

(٢٠) سورة البقرة : الآية ٣٧٥ ·
وراجع الأم للشافعى ج ٣ ص ٦٨
فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٩ ·
كشاف القناع ج ٢ ص ٢٥٠ ·

(٢١) تحفة الفقهاء للسمرقندى ج ٢ ص ٥٤ ·
حاشية رد المختار ج ٤ ص ٥٣٤ ·
نظرية الاقالة فى الفقه الاسلامى فى رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بالقاهرة للدكتور مسلم ابراهيم عبد الرءوف ·

رابعا ـ شروط أخرى للاقالة :

٢٣ ـ ؟ ـ يرى بعض الفقهاء اضافة شرط آخر للاقالة حتى تكون لازمة فضلا عن صحتها بتوافر الشروط السابقة ألا وهو (خلوها من الخيارات التى تجوز لأحد طرفيها فسخ الاقالة) ٠

وأيدوا قولهم (بأن الاقالة كالبيع يشترط فيها الايجاب والقبول الصحيح التام برضا العاقدين ٠ وتتضمن مبادلة مال بمال ٠ ولما كان البيع يشترط للزومه أن يكون خاليا من الخيارات فذلك الاقالة لابد أن تكون خالية منها حتى تكون لازمة (٢٢) ٠ وبهذا ذهب الحنفية والأباضية ٠ خلا جمهور الفقهاء الذين يرون بأن شروط لزوم الاقالة هى شروط صحتها السابقة ففى حالة توافرها تقع صحيحة ولازمة من تلقاء نفسها ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بفسخها ٠

وأيدوا قولهم بأن الاقالة فسخ والفسخ لا يفسخ ٠ لوجوب الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه ٠ ومن هذا المنطلق تكون لازمة ولا خيار فيها ٠ وهذا ما ذهب اليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة بناء على قولهم بأن الاقالة فسخ (٢٣) وهذا هو الرأى الراجح لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض كما أن أطراف الاقالة لا حاجة اليهم للخيار فى الغالب لأن التروى والاستقصاء وامعان النظر فى العقد ومشاورة أهل

---

(٢٢) حاشية رد المحتار جـ ٤ ص ٥٧٠ وشرح النيل جـ ٤ ص ٥٢٩ سنة ١٩٨٣ البحر الرائق جـ ٦ ص ١٠٣ ٠

(٢٣) راجع المجموع جـ ٩ ص ١٦٤ ، ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ١٦ ومنتهى الارادات جـ ١ ص ٣٧٥ وكشاف القناع ص ٢٥٠ ٠ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٩ والقواعد لابن رجب ص ٤١٢ ٠

الخبرة فيه وغيرها من الأسباب التى شرع الخيار من أجلها قد انتفت بلزوم العقد • واذا انتفت الأسباب انتفت مسبباتها •

ويرد على المخالفين للرأى الراجح أن قولكم هذا مؤسس على القول بأن الاقالة بيع جديد وهذا باطل من أصله لأن الاقالة فسخ للعقد السابق (٢٤) •

(أ) الاقالة المعلقة على شرط :

مثل ما لو باع البائع شيئا (ثوبا أو آلة زراعية أو عقارا) للمشترى ثم طلب منه الاقالة المعلقة على شرط الزيادة فى الثمن من مشترى آخر بقوله (ان وجدت مشتريا بالزيادة فقد أقلت بيعتك (٢٥) ••

فهنا قد علق المشترى الاقالة على أن يجد البائع مشتريا آخر بالزيادة فى الثمن • فان وجده تمت الاقالة والا فلا •

هذا على فرض أن تعليق الاقالة بالشرط أمر جائز • غير أن جمهور الفقهاء الذين يرون بأن الاقالة فسخ قالوا بأنها لا تقبل التعليق بالشرط والا بطل الشرط وصحت الاقالة •

وأيدوا رأيهم بقولهم (ان الاقالة فسخ والفسخ لا يقبل التعليق ولأن الاقالة تتضمن معنى التمليك ولو كان رجوعا

---

(٢٤) أنظر نظرية الاقالة فى الفقه الاسلامى د• مسلم عبد الرءوف ص ٧١ ، ٥٦ ، ١٩٤ •

(٢٥) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٤١ •

والتمليك لا مدخل للتعليق فيه قطعا ولأن الاقالة تعتمد على التراضى والرضا انما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق) (٢٦) ٠

خلافا لمن قال بأنها بيع جديد فقد اختلفوا فى صحة تعليق الاقالة على أساس اختلافهم فى صحة تعليق البيع ٠ والذى أميل اليه أن الاقالة اذا اعتبرناها فسخا فلا يجوز تعليقها واذا اعتبرناها عقدا جديدا فانه لا مانع من تعليقه على الشرط شريطة أن يكون مشروعا لقول الرسول (ص) (المسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) (٢٧) ٠

ووجه الدلالة : أنه لا يجوز للمشترط أن يبيح ما حرمه الله ولا أن يحرم ما أحله الله والا يكون قد خرج عن نطاق المشروعية وبالتالى يكون الشرط باطلا ٠

(ب) الاقالة المقترنة بالشرط :

٢٥ ـ ان الشروط المقترنة بالاقالة اما أن تكون من مقتضيات الاقالة كما لو اشترط البائع على المشترى تسليم المبيع المقال فيه بعد الاقالة مباشرة ٠٠ فهذا أمر جائز ويلزم الوفاء به ولا خلاف بين الفقهاء فى صحته ولزومه (٢٨) ٠

---

(٢٦) حاشية رد المحتار جـ ٥ ص ١٢٠ ٠
وشرح البهجة جـ ٢ ص ١٥٠ ـ الفروق للقراف جـ ١ ص ٢٢٩ ٠
القواعد لابن رجب ص ٢٨٩ ٠ البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٤ ٠

(٢٧) سنن الترمذى جـ ٢ ص ٤٠٣ ٠
(٢٨) المجموع جـ ٩ ص ٣٦٤ والخرشى جـ ٣ ص ٤٢٦ ٠
وكشاف القناع جـ ٢ ص ٣٦ ٠

واما أن تكون الشروط المقترنة بالاقالة منافية لمقتضيات الاقالة · مثل اشتراط الاقالة بأزيد من الثمن الأول أو بأقل منه دون تغيير فى المقال فيه حتى يقتضى الزيادة أو النقصان فى ثمنه الأول ·

وهذا النوع من الشروط باطل ولا خلاف فى ذلك لدى جمهور الفقهاء ·

ولكن الخلاف فى حكم الاقالة على ثلاثة أقوال (٢٩) :

القول الأول : وهو الأصح عند الشافعية · والحنابلة والشيعة الزيدية والشيعة الأمامية ·

أن الاقالة باطلة ويبقى العقد قائما · لأن الاقالة من التصرفات التى يجب فيها التماثل لا التفاضل ، ورد كل حق الى صاحبه دون زيادة أو نقصان فاذا اشترط هذا بطلت الاقالة للمنافاة ولوجود عوض خال عن المعوض وهذا أمر لا يصح بالاتفاق (٣٠) ·

القول الثانى : وهو ما ذهب اليه الحنفية ما عدا الامام أبى يوسف والامام محمد بن الحسن الشيبانى ووجه لدى الشافعية · بأن الشرط الباطل لاغ والاقالة صحيحة ولا يلزم الا الثمن الأول فقط (٣١) لأن الشرط فيه نفع لأحد الطرفين دون عوض فأشبه الربا · كما أن الاقالة رفع للعقد على ما كان عليه وقت التعاقد لارفع ما لم يكن لأنه محال فالشرط

---

(٢٩) راجع الآراء والأدلة بالتفصيل فى نظرية الاقالة فى الفقه الاسلامى ص ٢١٧ ·

(٣٠) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ وحاشية الجمل جـ ٤ ص ١٥٦ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٤٨٠ والغيث المدرار جـ ٣ ص ١٦٩ ·

(٣١) تكملة البحر الرائق جـ ٦ ص ١٠١ ، وتكملة المجموع جـ ١٢ ص ١٧٣ ·

باطل والاقالة باقية وصحيحة ولا يلزم الا الثمن الأول (٣٢) دون زيادة أو نقصان شريطة الا يتغير المقال فيه .

القول الثالث : (٣٣) وهو رأى المالكية وأبى يوسف ومحمد من الحنفية أن الاقالة صحيحة ولا تعتبر فسخا بل تعتبر بيعا جديدا ولذلك قال أبو يوسف ان الأصل فى الاقالة بيع جديد سواء أكان الشرط المقترن بها زيادة أو نقصانا من الثمن الأول .

وقال : محمد بن الحسن : الاقالة فى هذه الحالة تعذرت أن تكون فسخا فيجب حملها بيعا جديدا فى حق المتقايلين . الا اذا كان الشرط متضمنا نقصانا من الثمن الأول فانها والحالة هذه تعتبر فسخا للعقد السابق ولا يلزم الا الثمن الأول .

والراجح فى نظرى هو ما ذهب اليه الامام أبو حنيفة رضى الله عنه بأن الاقالة صحيحة والشرط لاغ لأنه أمر زائد عن أصل التصرف فالاقالة بلا شك تتم بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجودها فى ذاتها عليه كما أنه أمر مستقبل ومحتمل الوقوع . شريطة أن يكون مشروعا ومتفقا مع مقتضيات العقد والا يضرب به عرض الحائط ولا أثر له اطلاقا على التصرف الأصلى الا اذا كان الشرط هو الدافع الى التعاقد أو ما كان ليتم العقد الا من أجله وبه .

وهذه الأحكام فى الغالب أخذ بها القانون المدنى ولم يختلف عن الفقه الاسلامى الا فى التعريفات البسيطة جدا .

---

(٣٢) انظر تبيين الحقائق وكنز الدقائق ج ٤ ص ٧١ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٤٨ . والفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٤١ .

(٣٣) الخرشى ج ٣ ص ٤٣٧ . وتكملة البحر الرائق ج ٦ ص ١٠١ .

الفصل الرابع

نطـــاق الاقالة

٢٦ ـ ان المقصود من نطاق الاقالة هو بيان حدودهـا وسريانها والعقود التى تصح أن تكون محلا لها · هل العقود مطلقا سواء أكانت عقود معاوضـات أم عقـود تبرعات · لازمة للطرفين أو لأحدهما فقط ·

أم تشمل العقود الغير لازمة ·

أولا ـ نطاقها فى الشريعة الاسلامية :

العقد الصحيح النافذ اللازم الخالى من موجبات الفسخ وأن يكون من عقود المعاوضـات المالية المحضـة والعقـود اللازمة قد تكون لازمة لكل من العاقدين وقد تكون لازمة فى جانب واحد ·

العقود اللازمة للعاقدين (١)

وهى عقد البيع والمقايضة والسلم والاجارة والحـوالة والقسمة والصلح وغيرها من العقود ·

١ ـ العقد اللازم هو · العقد الصـحيح النـافذ الذى لا يملك أحد المتعاقدين فسخه وابطاله والتحلل منـه الا اذا

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٠ ، الدسوقى جـ ٢ ص ٢٤٠ راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٧٠ ، والمغنى لابن قدامه جـ ٣ ص ٥٩٠ ·

اتفق الطرفان على ذلك وطبيعة العقد لا تأبى ذلك كالبيع والاجـارة ٠

العقد غير اللازم : وهو ما يفسخ بارادة أحد العاقدين المنفردة دون حاجة الى اتفاق كالوكالة والعارية والشركة والوصية الأخرى التى تكون محلا للخلاف بين الفقهاء فى الجواز واللزوم ٠ كالمساقاة والنكاح والخَلع ٠

أما العقود اللازمة لأحد المتعاقدين كثيرة أهمها عقد الرهن والكفالة والمزارعة والكتابة والمسابقة وغيرها من العقود الأخرى التى على شاكلتها ٠

بخلاف العقود غير اللازمة فلا تدخل فى نطاق الاقالة لأنه يجوز لأحدهما أن يفسخ العقد كيفما يشاء وفى أى وقت يشاء دون حرج أو مشقة مثل الشركة والوكالة والقرض والوصية والايصاء والعارية والوديعة ٠ وهذا النوع غير لازم بالنسبة لطرفيه ٠ بخلاف الرهن فانه غير لازم بالنسبة لأحدهما وهو المرتهن فله أن يستقل بفسخه ولازم للمدين وكالكفالة فانها لازمة بالنسبة الى الكفيل غير لازمة بالنسبة الى المكفول له فله أن يبرىء منها (٢) ٠

والنكاح يخرج من نطاق الاقالة علما بأنه عقد لازم ولكن لا ينتهى بالفسخ أو الاقالة بل بالطلاق أو التطليق وكذلك الخلع رغم أنه من العقود اللازمة لكن لا يقبل الرفع بالاقالة أو غيرها على أية حال من الأحوال ٠

---

(٢) الشيخ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ص ١٤٣ ٠
والمدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د٠ عبد الكريم زيدان ص ٣٦٩ ٠
المرجع السابق ص ١٤٤ ٠

غير أن بعض الفقهاء المعاصرين يرون أن النكاح لازم فى حق الزوجة غير لازم للزوج الذى من حقه الطلاق (ولا يدفع هذا أن يقال : ان الطلاق ليس فسخا للعقد وانما هو انهاء له لأنه يراد بالفسخ فى تعريف اللازم والجائز : ما يشمل انهاء العقد ورفعه بواسطة اتفاق عاقديه أو باستقلال أحدهما سواء أكان بالطلاق فى الزواج ، أم بعزل الوكيل فى الوكالة أم بالرجوع فى الهبة وسواء أكان الفسخ للعقد من وقت صدوره ، كما فى فسخ البيع بخيار الشرط أم انهاء له من وقت الفسخ كما فى فسخ النكاح بسبب خيار البلوغ وكما فى فسخ الهبة بسبب الرجوع فيها وكما فى انهاء الوكالة بسبب العزل ·

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة (بأن الطلاق ليس فسخا للنكاح بل هو انهاء له ووضع حد لآثاره ، اذ الفسخ يأتى على أصل العقد بالابطال فيصير به العقد كأن لم يكن كالمتبايعين اذا تقايلا البيع · وكالمرتهن اذا فسخ الرهن ، فان العقد فى هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق مبنى على النكاح ، ولا يتصور من غير انعقاد النكاح اذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن اذن أن يأتى على النكاح بالنقض لأنه الأصل الذى قام عليه فلا يعتبر الطلاق فسخا ، بل يعتبر انهاء للحياة الزوجية مع بقاء آثار العقد التى وجدت بمقتضاه قبل الطلاق بل قد يكون الطلاق تقريرا لبعض أحكام العقد ، فهو يقرر حق المرأة فى نصف المهر ان كان قبل الدخول ، ويجعل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق ان كان بعد الدخول) (٣) ·

وهذا الرأى هو الذى أميل له لأنه يتفق مع طبيعة العقد

---

(٣) فضيلة الشيخ محمد زهرة الملكية ونظرية العقد ·

التى تبرهن على ذلك ولما فيه من مصلحة جادة للطرفين فهو عقد لازم لهما ولا يدخل فى نطاق الاقالة أو الفسخ فى أى حال من الأحوال لما فيه من صفات ومميزات وخصائص تميزه عن غيره من العقود اللازمة الأخرى ٠ وكذلك الخلع والطلاق على مال فان المرأة تدفع المال للزوج نظير تخليصها فاذا تم الخلع أو الطلاق فى نظير المال لا يملك أحد من المتعاقدين أن يفسخ هذا العقد ويرفعه حتى ولو اتفق المتعاقدان على ذلك (٤) ٠

وجملة القول فيما سبق أن نطاق الاقالة فى الفقه الاسلامى جميع العقود اللازمة للمتعاقدين أو لاحدهما ما عدا الزواج والخلع ٠

وفضلا عن ذلك فان الاقالة نفسها تقبل الاقالة فباقالة الاقالة يستعاد اعتبار العقد المقال بين المتقايلين ، ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره كأنه لم يفسخ (٥) ٠

ثانيا - نطاق الاقالة فى القانون المدنى :

لو نظرنا الى نطاق الاقالة فى الفقه الوضعى لوجدنا نطاقها أوسع حيث أنها تحتوى على عقود المعاوضات كالبيع والاجارة وفى عقد العمل وفى عقد التأمين وفى عقد الشركة وغير ذلك من العقود الأخرى التى تجوز فيها الاقالة بارادة منفردة تصدر من أحد العاقدين شريطة أن يكون

---

(٤) فضيلة الشيخ محمد مصطفى شلبى المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ص ٣٧٠ ٠

(٥) حاشية رد - المحتار - ج ٤ ص ١٩٥٠ ٠

متفقا عليها بين العاقدين من قبل على جواز الاقالة بهذه الارادة المنفردة (٦) ٠

وفضلا عن ذلك فانها تجوز فى عقود التبرعات أيضا (٧) كالهبة والوصية ٠ فالرجوع فى الهبة بلا شك يقرب من الاقالة حيث يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك ٠ وبهذا يكون الرجوع قد تم بالتراضى وهذه تكون اقالة من الهبة ٠

الرسمية فى الاقالة :

كما أنه يشترط عند انعقاد الهبة الرسمية أو الشكلية وفقا للنص المدنى القائل (لا تتم الهبة الا بورقة رسمية والا وقعت باطلة) ٠

فكذلك يشترط فى الاقالة منها أن تتم فى ورقة رسمية الا اذا كانت هبة منقول فانها فى كلتا الحالتين تتم بالقبض حالة انشائها ويرد المقبوض حالة اقالتها ٠

غير أن الرجوع فى الهبة أمر قد يتحقق دون اقالة وذلك فى حالة عدم قبول الموهوب له الاقالة ٠ فانه يجوز للواهب أن يلجأ للقضاء طالبا منه الاذن بالرجوع بشرط عدم المانع ووجود العذر المقبول (٨) ٠

---

(٦) د٠ السنهورى فى مصادر الحق ج ٦ ص ٢٤٥ ٠

(٧) د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٦٦٤ حيث يقول فى الهامش (ولا ينبغى أن يفهم مما سقناه فى المتن أن الاقالة لا تكون الا فى عقود المعاوضات فيمكن لها أن ترد فى شأن عقود التبرع كذلك ، سواء أكانت كلية أو جزئية) ٠

(٨) ومن الأعذار المقبولة : وفقا للمادة ٥٠١ مدنى أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع أو نطن الواهب بأن ولدمملتا

كما لو أصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب معيشته بم يتفق مع مكانته الاجتماعية أو عجــز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير ٠

حق الرجوع فى الهبة فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى

واذا قلنا سابقا بأن الرجوع فى الهبة يقرب من الاقالة فانه من الــلازم أن نبين موقف الفقــه الاســلامى والفقــه الوضعى من الرجوع فى الهبة وهل هو أمر جائز أم لا ؟

الفقه الاسلامى :

اختلف الفقهاء فى جواز الرجــوع فى الهبــة على ثلاثة أقــوال :

القول الأول : يرى جمهور الفقهــاء وهم المالــكية (٩) والشافعية (١٠) والحنابلة (١١) أنه لا يجــوز الرجــوع فى الهبة الا فى حالة واحدة هى حالة هبة الوالد لولده ـ ويطلق عليها عند فقهاء المالكية (اعتصار الهبــة) بمعنى أن الأب يأخذ ما وهبه لابنه اعتصارا أى قهرا ٠

وحجتهم فى ذلك قول الرسول صــلى الله عليه وســلم

وقت الهبة ثم ظهر بانه حيى ، أو أن يخل الموهوب له اخــلالا كبيرا بعيد عن جحوده أو يصبح الواهب عاجزا أو يصبح الواهب عاجزا ٠

(٩) أنظر الخرشى جـ ٣ ص ١١٣ وما بعدها ٠

(١٠) الأم جـ ص وقليوبى وعميره جـ ص ٠

(١١) انظر المغني لابن قدامه جـ ٥ ص ٢٠٨ ٠

(لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطى لولده) (١٢) ٠ رواه الخمسة وصححه الترمذى ٠

ووجه الدلالة من الحديث قد حرم الرجوع فى العطية وهذا دليل على عدم الجواز الا اذا كانت من الوالد لولده ٠ استثناء والاستثناء لا يقاس عليه ٠

وعلى ذلك فاذا وهب الوالد ولده ذكرا أو أنثى عقارا أو منقولا ٠ فالوالد له حق الرجوع لأن التسوية بين أبنائه واجبة فلا يجوز له أن يؤثر أحدهم بشىء دون أبنائه الآخرين ٠ وكذلك الأم تأخذ حكم الأب فى جواز رجوعها عن الهبة بالنسبة لولدها ٠

واستدلوا بالمعقول بأن الأب لا يتهم فى رجوعه فهو لا يرجع الا للضرورة أو يفرض اصلاح الولد وكما يجوز الرجوع للأب والجد يجوز أيضا للأب والجد يجوز أيضا للأم والجدة وقيل لا رجوع الا للأب والأم فقط أو للأب لاغير ـ وبناء على هذا القول فانها تدخل فى نطاق الاقالة أى ازالة العقد ورفع حكمه ٠

القول الثانى : يرى الحنفية أنه يجوز الرجوع فى الهبة سواء أكان الواهب والدا أم لا ٠

واستدلوا بقول الرسول (ص) (الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها) ٠

ويقول فى حديث آخر (اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع) ٠

---

(١٢) انظر نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١٠ ٠

ووجه الدلالة من الحديثين أن الرسول (ص) قد بين بأن الواهب له أن يرجع فى هبته الا اذا كان الغرض منهـا صلة رحم أو نيل ثواب أو عوض مـالى) وفى هـذه الحالة لا يجـوز له الرجـوع وفيما عـداها يترك للواهب الأمر ٠ شريطة ألا يكون هناك مانع من الرجوع يبطل حقه (١٣) ٠

فالرجوع فى الهبة موكول الى الواهب لعذر يستقل هـو بتقديره لأنه أمـر خفى لا يمـكن ضـبطه (١٤) فـاذا طلب الرجوع فيما وهب ، علم من ذلك أن له غرضا دنيويا فيمـا أعطى والا فلا ٠

فالموهوب له يملك الموهوب ملـكا غـير لازم ٠ ولذلك يجوز للواهب أن يرجع فى هبته ٠ وبهذا تكون الهبة داخله فى نطاق الاقالة ٠

---

(١٣) انظر المبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ٥٣ وبعدها ٠
أنظر البدائع للكاسانى جـ ٦ ص ١٢٨ حيث يقول (حق الرجـوع فى الهبة ثابت عندنا ٠٠ لأن العوض المالى قد يكون مقصودا من هبة الأجانب ، فان الانسان قد يهب من الأجنبى احسانا له وانعاما عليه وقد يهب له طمعا فى المكافأة والمجازاة عرفا وعادة) ٠

(١٤) الأستاذ أحمد ابراهيم فى بحث عنوانه (التزام التبرعات) فى مجلة القانون والاقتصاد جـ ٣ ص ٥٢ حيث يقول (ان الذى يعطى العطية فانما يعطيها لمآرب شتى ٠ فقد يعطى مرضاة لوجه الله تعالى قصدا لثواب الآخرة ٠ وقد يعطى لأجل العوض المـالى أو المنفعة تعود عليه ، وقد يعطى لأجل صلة الرحم أو لأجل التودد أو التحبب الى الموهوب له أو لأجل المكافأة على جميل سابق أو لأجل الرشوة الى غير ذلك من الأغراض ٠ والعرف المستمر أعظم شاهد على ذلك ٠ فان كان للواهب غرض دنيوى من هبته فنفسه لا تطيب بالهبة اذا لم يتحقق غرضـه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت بدون انتظار عوض دنيوى ٠ لكن ذلك امر خفى لا يمكن ضبطه ، اذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطى) ٠

القول الثالث : يرى فريق آخر وهم أهل الظاهر ورواية عن أحمد بن حنبل (ض) أنه لا يجوز الرجوع فى الهبة أصلا ومطلقا سواء أكان الواهب والدا لولده أم لا · وعلى هذا فانه لا يجوز الرجوع حتى ولو كانت الهبة من الوالد لولده ·

ودليل ذلك قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (وأوفوا بالعهد ان كان مسئولا) ·

فمن باب الوفاء أنه لا يجوز الرجوع فى العقد الآ باتفاق الطرفين ·

واستدلوا بقول الرسول (ص) (العائد فى هبته كالعائد فى قيئه) (١٥) وبأن الهبة عقد تمليك منجز كالبيع فلا يجوز الرجوع فيها (١٦) · وبناء على هذا الرأى لايجوز اقالة الهبة الا بالتراضى من الطرفين – ولا يجوز من أحدهما فقط لأنها لازمة · واللازم لا ينفرد أحدهما بفسخه ·

والذى أميل اليه هو ما رآه الجمهور لقوة أو لتهم وسلامتها من المعارض ولأنه يتمشى مع المنطق والعدالة والمبادىء التى تحث على الوفاة والالتزام بالعهد بين المتعاقدين ·

موقف القانون المدنى من الرجوع فى الهبة :

ان الرجوع فى الهبة يكون بالتراضى أو التقاضى – فالأصل جواز الرجوع فيها بالتراضى – شأنها كغيرها من

---

(١٥) الشوكانى جـ ٦ ص ٩ ·

(١٦) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٦٠٨ ·

العقود الأخرى ويترتب على ذلك أن الهبة تعتبر كأنه لم تكن .

ولذلك ينص القانون فى المادة ٥٠٠ مدنى على أنه يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة اذا قبل الموهوب له ذلك (١٧) وبهذا نجد القانون أخذ بالمذهب الحنفى .

والتراضى على الرجوع فى الهبة بلا شك يعتبر (١٨) اقالة من الهبة فاذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة ـ واتفقا معا هو والموهوب له على الرجوع فان ذلك بلا شك يعتبر اقالة من عقد الهبة ـ وهذه الاقالة تمت بايجاب وقبول جديدين . وفقا لما هو متبع فى العقود الأخرى .

غير أن الاقالة هنا وفقا للمادة ٥٠٣ مدنى لها أثر رجعى فتعتبر كأن لم تكن ـ ومن هنا تجب حماية الغير حسن النية . وهو من كسب حقا عينيا من الموهوب له على الموهوب قبل الاقالة .

وفضلا عن ذلك فان التراضى يتم به الرجوع فى الهبة فى جميع الأحوال سواء أكان هناك مانع من الرجوع فى الهبة أم لا ـ وسواء كان هناك عذر مقبول للرجوع أم لا .

ولذلك نرى أن الرجوع فى الهبة عن طريق التقاضى

---

(١٧) أخذ بهذا القانون المدنى السورى م ٤٦٨ فقرة أولى ـ والقانون المدنى الليبى م ٤٨٩ ـ ١ ـ والقانون المدنى العراقى م ٦٢٠ .

(١٨) أنظر الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ٥ ص ١٨٢ فقرة ١٢٩ .

لا يتم الا اذا كان الواهب لديه عذر مقبول (١٩) ـ ولم يكن هناك مانع من الرجوع ٠

وخلاصة القول فيما سبق أن الاقالة بالنسبة لعقد الهبة فى القانون المدنى تكون جائزة فى الهبـات اللازمـة كالهبـة بعوض ـ أو الهبة على سبيل الصـدقة ـ طلبا للثـواب فى الآخرة ـ أو الهبة بين الزوجين شريطة أن تصدر حالة قيام الزوجية قبل الدخول أو بعده ـ وكذلك الهبة لذى رحم محرم لأن فيها صلة الرحم التى أمرنا بها الاسـلام ولذلك ورد فى الحديث القدسى عن رب العزة انه قال الرحم شققت لهـا اسما من اسمى فمن وصلها وصلته ـ ومن قطعها قطعته ـ وعزتى وجلالى لا أرضى حتى ترضين (٢٠) ٠

٣٣ ـ هل الاقالة تقبل الاقالة ؟؟

ونحن نتحدث فى نطاق الاقالة نتساءل هل الاقالة تدخل فى نطاق الاقالة بمعنى أنها عقد يقبل الاقالة مرة أخرى ٠ ؟ ؟

نقول نعم ان الاقالة نفسـها بلا شـك تقبـل الاقالة ، فبالاقالة الاقالة يستعاد اعتبار العقـد المقال بين المتقايلين

---

(١٩) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قالت (اذا طلب الواهب الفسخ ـ وقدم لذلك عذرا مقبولا فان القاضى بالرغم من ذلك لا يحكم بالفسخ ـ اذا وجد مانع من موانع الرجوع فى الهبـة ـ بخلاف الفسخ فى التراضى فلا يحول بالبداهة دونه مانع) ٠

مجموعة الأعمال التحضرية جـ ٤ ص ٢٩١ ٠

(٢٠) الأحاديث القدسية مجمع البحوث الاسلامية ص ٨٧ ٠

ويرجع ارتباطهما بأحكامه وآثاره وكأنه لم يحصل فسخا قبل هذا (٢١) ٠

وسنوضح حكم هذه المسألة فيما بعد :

---

(٢١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٠٦ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ ص ١١٩ وبعدها ٠ المدخل للزرقاء جـ ١ ص ٥٦٣ ٠

الفصل الخامس

التكييف الشرعي والقانوني للاقالة

ان الهدف من البحث هنا هو بيان طبيعة الاقالة هل هى فسخ أو عقد جديد وموقف القانون من ذلك .

أولا ـ التكييف الشرعي للاقالة :

ـ ان فقهاء الشريعة الاسلامية اتفقوا على أن الاقالة بيع جديد بشرط أن تقع بلفظ البيع والأمر يستوى فى حق العاقدين وفى غيرهما كالشفيع فيما لو كان العقد بيعا ومحله عقارا ، بالثمن الأول أو بالزيادة عليه أو النقصان منه . مثل ما لو قال المشترى للبائع بعتك هذا العقار الذى اشتريته منك بالثمن الذى فى ذمتى لك . وتجوز الزيادة فيه أو النقصان .

أما اذ وقعت الاقالة بلفظ الرفع أو الفسخ أو الرد كانت فى هذه الحالة فسخا للعقد السابق وليست عقدا جديدا وهذا باتفاق الفقهاء مثل ما لو قال أحد الطرفين رفعت العقد الذى بينى وبينك أو فسخته أو تركته أو رددته . أو اعطنى حقى وخذ حقك الذى معى . ويقبل الطرف الآخر فى كل هذه الحالات . وهذا أمر واقع بالنسبة للعاقدين أو لغيرهما بلا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية (١) .

---

(١) أنظر كتب الفقهاء فى هذا الموضوع :
رد المحتار جـ ٥ ص ١٢٠ . حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ١٥٤ حاشية الجمل على المنهاج جـ ٣ ص ١٥٦ . كشاف القناع جـ ٤ ص ٢٥٠ التاج المذهب جـ ٢ ص ٤٧٦ .

لكن الفقهاء اختلفوا فيما لو وقعت بلفظ الاقالة ومشتقاتها كما لو قال أحدهما للطرف الآخر :

أقلتك أو قايلتك ، أو تقايلنا أو لك القيلة أو أنت مقال أو أقالك الله ٠٠ الخ ثم وقعت بالثمن الأول ٠

ففى هذه الحالة اختلف الفقهاء فى تكييف الاقالة فى حق العاقدين وفى حق غيرهما وهل هى فسخ للعقد أم هى ابتداء بيع جديد ؟؟ (٢) ٠

ولبيان ذلك نوضح فى نقطتين :

(أ) التكييف الشرعى للاقالة فى حق العاقدين ٠

(ب) التكييف الشرعى للاقالة فى حق غيرهما ٠

(أ) التكييف فى حق العاقدين :

ـ اختلف الفقهاء فى هذا الشأن على نحو قولين :

القول الأول : يرى الامام أبو حنيفة والامامان محمد ابن الحسن وزفر من الحنفية والراجح عند الشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية والشيعة الامامية واليه ذهب الهادى والقاسم وأبو العباس وأبو طالب ، بأن الاقالة فسخ فى حق العاقدين (٣) ٠

---

(٢) أنظر آراء الفقهاء بالتفصيل نظرية الاقالة فى الفقه الاسلامى ٠ د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف رسالة دكتوراه ص ٥٩ وما بعدها ٠

(٣) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٧١ وما بعدها ٠ تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٧٠ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٦ ٠

واستدلوا على قولهم بأنها فسخ بعدة أدلة وهى :

١ - من السنة قول الرسول (ص) (من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته) (٤) ·

٢ - وقول الرسول (ص) (من أقال أخاه بيعا أقال الله عثرته يوم القيامة) (٥) ·

٣ - وقول الرسول (ص) (من أقال نادما أقال الله عثرته يوم القيامة) (٦) ·

ووجه الدلالة من هذه الاحاديث وغيرها مما ذكرناه فى مشروعية الاقالة بأن الرسول (ص) حث عليها للثواب والأجر الأخروى · والاقالة كما بيناها تعنى الرفع والازالة والاسقاط وهذا أمر يتحقق بالفسخ فتكون الاقالة فسخا للعقد السابق (٧) ومن المعقول : قالوا : بأن الاقالة تقدر بالثمن الأول ولو كانت بيعا لم تقدر به ولا يصح بلفظها عقد البيع ابتداء فكانت فسخا للعقد السابق كالرد بالعيب (٨) ·

بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٠٦ · حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٣٤٨ ·

المجموع للنووى جـ ٩ ص ٢١٥ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ والبحر الزخار للمرتضى جـ ٣ ص ٢٧٥ ، ومختصر فقه الامامية للزنجانى ص ١٦٥ · والقواعد لابن رجب ص ٣٧٩ وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٨ ·

(٤) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٣ · سنن أبى داود جـ ٣ ص ٣٧٢ ·

(٥) نصب الرايه للزيلعى جـ ٤ ص ٣٠ وجامع الأصول جـ ١ ص ٣٧١ ·

(٦) سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٤٢ والمستدرك للحاكم جـ ٢ ص ٤٥ ·

(٧) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٧ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١١٩ ·

(٨) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ · والبحر الرائق جـ ٢ ص ٣٧٥ ·

وقالوا بأن الاقالة عبارة عن الرفع والازالة فكانت فسخا للعقد الأول بدليل جواز الاقالة فى السلم مع اجماعهم على أنه لا يجوز بيع المســـلم فيه قبل قبضه فالاقالة اذا فسخ للعقد السابق (٩) .

وقد أعترض على الدليـــل النقلى من الســـنة : بأن الاستدلال بها خارج عن دائرة النزاع ولا تفيـــد بأن الاقالة فسخ للعقد الســـابق ولا بيع جديد بل كل ما فى الأمر أنها تحض على الاقالة (١٠) .

ولكن يرد على ذلك بأن أهل اللغـــة متفقون على معنى الاقالة السابق فكانت فسخا ولا ريب فى ذلك (١١) .

القول الثانى : يرى فقهاء المـــالكية والظـــاهرية وأبو يوسف من الحنيفة والأباضية . والمرجوح لدى الشـــافعية والحنابلة . بأن الاقالة بيع جديد ابتداء الا فى المرابحة وبيع الطعام والشفعة . وبهذا أخذ زيد بن على والناصرى والزيدية فى المرجوح (١٢) .

واستدلوا بالسنة وبالمعقول :

أما السنة فقول الرسول (ص) حينما دخل الســـوق : فقـــال : (يا أهل البقيع لا يفترق البائعـــان الا عنـــد تراضٍ ،

---

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ .
(١٠) المحلى لابن جزم جـ ٩ ص ٣ مسألة ١٥٠٩ .
(١١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٦ .
(١٢) الشرح الكبير للدرديرى جـ ٣ ص ١٥٤ .
والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣ . حاشية شلبى بهامش تبين الحقائق جـ ٤ ص ٧٠ . وكشـــاف القنـــاع جـ ٣ ص ٣٤٨ . المغنى جـ ٤ ص ١٢١ . والخرشى جـ ٥ ص ١٦٦ . والمجموع للنووى جـ ٩ ص ٢٠٠ .

البيع بيع ، والحوالة بيع ، والتوليـــة بيع ، والقراض بيع والاقالة بيع) ٠

وجهالدلالة منه بأن الرسول (ص) بين فيه بأن الاقالة بيع ٠ ولذلك قال صاحب شرح النيل بعد ذكر الحديث (لولا هذا الحديث لقلت الاقالة فســـخ) (١٣) واعترض على هذا بأن الحديث لم يســـمعه أحد من الأئمـــة الاربعة المحدثين المشهورين والا لما قالوا بأن الاقالة فسخ للعقد السابق ٠

المعقول : قالوا (بأن البيع بها يعود الى البائع على ماهو عليه عند التعاقد ٠ ولما كان العقد الأول بيعا فكان الثـــانى كذلك ٠ كما أنه يجب تقابض البدلين فيها فكان بيعا كالأول تماما (١٤) ٠

وقالوا بأن الاقالة لو كانت فســـخا لما جازت الا برد عين الثمن ٠ لأن الفسخ يقتضى رد كل من العوضين الى صاحبه ، ولكن الاقالة تجوز بغير ذلك ولهذا لا يطلق عليها فســـخا بل بيع جديد (١٥) ٠

ويمكن مناقشة هذا الدليل بأنه لا يلزم من كون الاقالة فسخا عدم جوازها الا برد عين الثمن ، لأن الثمن اما أن يكون عينا أو فى الذمة ٠ وفى كلتا الحالتين لا يلزم من فسخ العقد

---

(١٣) شرح النيل ج ٤ ص ٥٢٩ ٠
(١٤) الشرح الكبير للدرديرى ج ٣ ص ١٥٤ ٠
فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٧ ٠ المجموع ج ٩ ص ٢٠٠ ٠
المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ١٢١ ٠ المحلى لابن حـزم ج ٩ ص وبعدها
د٠ اسماعيل عبد النبى شاهين فى رسالته السابعة ص ١٠٧ ٠
(١٥) أنظر البهجة شرح التحفة ج ٢ ص ١٤٧ ٠

رد عين الثمن وذلك لأنه ان كان الثمن عينـــا معينا فيجوز الفسخ برد عين الثمن ان كان باقيا ، وبدله ان كان هالكا . وان كان الثمن فى الذمة لا يحتمل التعيين أصـــلا وان عين فهذا شأن ما فى الذمة ، فيجوز الفســـخ مع رد مثل الثمن لا عينه (١٦) .

الرأى الراجح :

ومما سبق من عرض الآراء وأدلتهم ومناقشـــة ما أمكن مناقشته يتضح لنـــا بأن الرأى الراجح لدى جمهور الفقهاء القدامى والمعاصرين أن الاقالة فســـخ وليست عقدا جديدا وهذا ما أميل اليه لقوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراضات التى سقناها وقمنا بدفعها .

وفضلا عن ذلك فان السنة الشريفة التى أرست مشروعية الاقالة واجماع العلماء على جوازها لدليل واضـــح على هذا الرأى الراجح .

علما بأن الفقهاء قد اتفقوا على جواز تراضى العاقد على الاقالة من السلم قبل قبض المســـلم فيه ، ولو كانت الاقالة بيعا ما جازت لنهيه صلى الله عليه وســـلم عن بيع الطعام قبل قبضه (١٧) .

---

(١٦) البحر الرائق جـ ٤ ص ٧٣ . فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥٠ .
د. مسلم ابراهيم عبد الرءوف المرجع السابق ص ٧١ .

(١٧) أنظر هذه المراجع .
البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ٣٠٦ .
حاشية بن عابدين جـ ٥ ص ١٢٠ .
المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ .
مغنى المحتاج جـ٢ ص ٦٢ .

- ما ثمرة الخلاف السابق بين الفقهاء وهل الخلاف حقيقى أم لفظى ؟؟

ان الخلاف بلاشك بعد عرض الآراء السابقة يتضح لنا بأنه حقيقى لا لفظى وبهذا يظهر أثره وثمرته فى أمور كثيرة ٠

ومن ذلك ما لو تقايل المتعاقدان قبل القبض فيما لا يجوز بيعه قبل القبض كالطعام فيجوز ذلك على القول بأنها فسخ ولا يجوز على القول بأنها بيع ٠

وكذلك لو تقايلا بزيادة أو بنقص عن الثمن الأول ٠ فلا يجوز ذلك على القول بأنها فسخ ويجوز على القول بأنها بيع (١٨) ٠ وغير ذلك من الأمور التى ترد فى خلال بيان أحكامها وآثارها ٠

ب - طبيعة الاقالة فى حق غير المتعاقدين

- لقد سبق أن بينا طبيعة الاقالة فى حق المتعاقدين وهنا نوضح طبيعتها فى غير المتعاقدين وهو الطرف الثالث فى الاقالة ٠ كالشفيع فى العقار فله حق الشفعة رغم الاقالة وكالمستأجر مثل ما لو اشترى شخص منزلا فأجره ثم تقايل مع البائع ٠

الروض النضير جـ ٣ ص ٣٣٤ ٠
د٠ محمد يوسف موسى الأموال ونظرية العقد ص ٤٩٨ سنة ١٩٥٢ ٠
د٠ اسماعيل عبد النبى شاهين ص ١٠٧
د٠ مسلم عبد الرءوف ص ٧١ ٠
(١٨) الدر المختار جـ ٢ ص ٢٠٠ تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٧٢ ٠

فالاقالة والحالة هذه تعتبر بيعا فى حق المستأجر ولذلك تتوقف على اجازته لها ٠

وكالمرتهن أيضا مثل ما لو اشترى شخص عقارا أو أرضا زراعية فرهنها ثم تقايل مع البائع ٠

فالاقالة أيضـــا تتوقف هنا على اجازة المرتهن أو قبض دينه ، لأن الاقالة بمثابة البيع فى حقه (١٩) ٠

لكن ما هو التكييف الفقهى للاقالة بالنســـبة للطرف الثالث هل تعتبر بيعا جديدا أم تعتبر فسخا ؟؟

والاجابة عن ذلك تقتضى أن نبين موقف الفقهاء فى هذا الشأن ٠ فنقول وبالله التوفيق بأن الفقهاء قد اختلفوا على نحو قولين :

القول الأول : اتفق الفقهاء الذين قالوا بأن الاقالة بيع جديد فى حق العاقدين على أنها كذلك فى حق غير العاقدين وهو الطرف الثالث ٠ مثل الشفيع الذى له الحق فى طلب البيع بالشفعة وذلك بعد الاقالة ٠

الا أن المالكية الذين ذهبوا الى أن الاقالة فى الشفعة باطلة ، قالوا ان حق الشـــفعة ثابت للشفيع بالبيع الأول لا بالاقالة (٢٠) ٠

---

(١٩) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٩٩ وما بعدها ٠
البحر الرائق جـ ٦ ص ١٠٤ ٠ رد المختار جـ ٥ ص ١٢٨ ٠
(٢٠) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٥٦
الخرشى جـ ٥ ص ١٦٦ ٠
منح الجليل للشيخ عليش جـ ٢ ص ٧٠٥ ٠
د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف جـ ٦٢ ، ص ٧٦ ٠

القول الثانى : أما الفقهاء الذين قالوا بأن الاقالة فسخ للعقد السابق فى حق العاقدين فقد حصل خلاف بينهم على نحو رأيين :

الرأى الأول :

يرى الامام أبو حنيفة والامامان محمد بن الحسن وزفر والشيعة الزيدية ٠ بأن الاقالة بيع بالنسبة للطرف الثالث (٢١) ٠ سواء كان قبل القبض أو بعده وقيل عن أبى حنيفة أنها فسخ قبل القبض (٢٢) ٠

واستدلوا بقولهم : ان الاقالة كونها بيعا جديدا فى حق غير المتعاقدين حماية وحفظا من الشـــارع لبعض الحالات التى تقتضى ذلك مثل الشفعة التى شرعت لدفع ضرر الجوار والخلطه ٠ فاذا فرض ثبوت ذلك فى عـودها الى البائع ولم يثبت حق الشفعة فان مقصود الشارع يكون قد تخلف فى هذه الحالة (٢٣) ٠

---

(٢١) تبين الحقائق جـ ٤ ص ٧٠ والفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٢٧٠ ٠ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٥ ٠ وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٦ ٠

(٢٢) ولذلك قال : الكاسانى فى بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٠٦ فقد اختلف أصحابنـا فى ماهيتهـا - الاقالـة - قال أبـو حنيفة عليـه الرحمة الاقالة فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده ، وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض بيع بعده ، وقال أبو يوسف أنها بيع جـــديد فى حق العاقدين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعا فتجعل فسخا ، وقال محمد انها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وقال زفر انها فسخ فى حق الناس كافة) ٠

(٢٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٦ ٠

وهذا دليل فى رأيى سليم ولا اعتراض عليه من الخصم لأنه يتمشى مع مقصود الشارع .

الرأى الثانى : وهو الراجح لدى الشافعية والحنابلة وبه أخذ الشيعة الامامية حيث يرون أن الاقالة فسخ فى حق غير العاقدين ويترتب على ذلك أنه ليس من حقه الأخذ بالشفعة وهذا أثر من آثار البيع (٢٤) .

واستدلوا على ذلك بقولهم :

بأن المعنى للاقالة فسخ وهذا المعنى لا يختلف من شخص الى شخص آخر (٢٥) . وبناء على ذلك فان الاقالة فسخ فى حق غير المتعاقدين كما هو فى حق المتعاقدين .

والذى أراه وأرجحه هو الرأى الأول بأن الاقالة بيع جديد فى حق الطرف الثالث لأن هذا يعتبر أمرا ضروريا حتى يتحقق غرض الشارع من حمايته وحفظه للحقوق وخاصة حق الغير كما أن المعنى المتعلق بالاقالة يختلف من شخص الى شخص بل آثارها كذلك لأن كل شخص له مركزه القانونى الخاص به . ويضاف الى ذلك قوة الحجة وسلامة الدليل من الرد والمناقشة .

ويجدر بنا بأن نذكر أن سبب الخلاف بين الفقهاء فى هذا الموضوع هو عدم وجود دليل نقلى من السنة أو الكتاب أو الاجماع وكأن المسألة تخضع للاجتهاد والأدلة العقلية .

---

(٢٤) روضة الطالبين للنووى جـ ٣ ص ٤٩٠ .
المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١١٠ . وكشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٩ .
مختصر فقه الامامية ص ١٦٥ .
(٢٥) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ .

حيث ذهب بعضهم الى الأخذ بالضرورة الشرعية كالشفعة التى شرعت لدفع ضرر الجوار وقالوا بأن الاقالة بيع فى حق الطرف الثالث ٠

وذهب الآخرون الى الأخذ بالقياس ٠ « أى قياس الاقالة على سائر الفسوخ كالرد بالعيب » ولذلك قرروا بأن الاقالة فسخ فى الطرف الثالث ٠

ثمرة الخلاف :

ـ ويتضح مما سبق من عرض الآراء والأدلة بأن الخلاف حقيقى ٠ وثمرته واضحة فى المجال التطبيقى ، مثل ما لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفا الآخر عن الشفعة ، ثم تقايلا وأراد العافى أن يعود الى الطلب ، فان قيل بأن الاقالة فسخ لم يكن له ذلك ٠ وان قيل بأنها بيع فله الشفعة (٢٦) ٠

ثانيا ـ التكييف القانونى للاقالة : (٢٧)

ـ ان الباحث فى الفقه الوضعى يجد رجال القانون قد وضعوا مبدأ عاما وهو أن الاقالة عقد جديد (يبرم بقصد ازالة عقد آخر سبق ابرامه بين نفس الأشخاص فلا يلزم من

---

(٢٦) أنظر القواعد لابن رجب ص ٤١٢ وما بعدها د٠ مسلم عبد الرءوف فى رسالته السابعة ص ٨٠ ٠

(٢٧) أ٠د٠ السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٦٩٠ ف ٤٥٩ ٠
أ٠د٠ السنهورى فى مصادر الحق جـ ٦ ص ٢٤٥ ٠
أ٠د٠ عبد الفتاح عبد الباقى السابق ص ٦٦١ ف ٣٣٥ ٠
أ٠د٠ محمد كامل مرسى الالتزامات ص ٦٢٤ ف ٣٢٣ ٠
أ٠د٠ حشمت أبو ستيت مصادر الالتزامات ص ٣٥٥ وبعدها ٠
أ٠د٠ عبد الناصر العطار السابق ص ٢٤٤ ٠

ثم لقيام الاقالة . بعد توافر الاركان والشروط التى تمليها القواعد العامة لانعقاد العقود بوجه عام الا أن ينصب رضاء طرفيها كليهما على اعتبار العقد الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم يكن وأن يكون فى مقدورهما أن يتمشيا مع الغاية التى يقصدانها) (٢٨) .

اذن يشترط فى الاقالة باعتبارها عقدا جديدا ما يشترط فى جميع العقود . بل يجوز للطرفين أن يتفقا على وقوعها بالارادة المنفردة لأحدهما سواء تم الاتفاق بينهما على هذا عند الاقالة ذاتها أم فى وقت سابق عليها مثل ما لو اتفق المؤجر والمستأجر على انهاء العقد بينهما بمقتضى انذار يرسله أحدهما للآخر قبل الغائه بمدة معينة .

وبناء على ما سبق نجد بأن هناك عقدين متقابلين : (فاذا تقايل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع الى المشترى ، يعقبه عقد بيع ثان من المشترى الى البائع . وحتى تعود الملكية الى صاحبها الأول فانه يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلى . وترجع العين الى مالكها الاصلى مثقلة بحقوق الغير الذى يجب أن تحترم ولا تمس سواء أكان للتقايل أثر رجعى أم لا ؟؟

وخلاصة القول فيما سبق أنه لا خلاف بين فقهاء القانون على طبيعة الاقالة بأنها عقد جديد كسائر العقود وبهذا أخذ الفقه الوضعى بمذهب أبى يوسف من الحنفية والظاهرية حيث يرون بأن الاقالة بيع جديد فى حق المتقايلين وفى حق الغير ، الا اذا تعذر أعمالها بيعا فتجعل فسخا .

وسنبين للقارئ الآثار والنتائج الهامة التى ترتب على هذا التكييف الشرعى والقانونى .

---

(٢٨) د . عبد الباقى السابق ص ٦٦١ .

الفصل السادس

الأثر الذى يترتب على الاقالة

ـ ان الاقالة كما سبق اذا توافرت شروطها وأركانها فان أثرها يختلف من مذهب لآخر لاختلافهم حول طبيعة الاقالة . فمن قال بأنها فسخ يترتب عليها انحلال العقد (وتنقض بها الالتزامات التى أنشأها العقد سواء أكانت هذه الالتزامات لم يبدأ تنفيذها فتزول دون أن تنفذ ، أو بدأ تنفيذها ولكنه لم يتم فتزول أيضا دون أن يتم تنفيذها، أما اذا كانت الالتزامات قد تم تنفيذها ، ولا يراد الرجوع فيها بأثر رجعى فلا محل للاقالة من العقد ، لأن العقد ذاته يكون قد انقضى) (١) .

اذن الأثر الرئيسى للاقالة هو انحلال العقد (٢) فيرتفع حكمه شريطة أن يكون العقد قائما فى حق الحكم حتى ترد عليه الاقالة والا اذا هلك المبيع قبل الاقالة أو بعدها وقبل الرد ، لم تصح الاقالة لأن محل حكم البيع قد فات ففات حكمه . فلا يتصور وجود الاقالة التى هى رفع حكم البيع .

ومن قال بأن الاقالة عقد جديد فلا أثر لها على الماضى وانما تترتب آثارها وقت انعقادها دون مساس بالماضى وبالحقوق المكتسبة فيه للغير .

---

(١) د. السنهورى جـ ٦ ص ٢٤٦ .

د. عبد اللطيف محمد عامر الاقالة فى العقود ص ٣٨ .

(٢) د. السنهورى فى مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ص ٢٥١ .

د. اسماعيل شاهين ص ١٠٧ .

ـ أثر الاقالة فى القانون المدنى :

اختلف الفقه الوضعى فى أثر الاقالة هل لها أثر رجعى بالنسبة للماضى أم لا ؟ رغم أنهم قد اتفقوا على أنها عقد جديد ويشترط فيه ما يشترط فى سائر العقود · وفيه **رأيان لفقهاء القانون المدنى :**

الرأى الأول : يقول بأن الاصل فى الاقالة هو أثرها الرجعى أى تزيل العقد لا بالنسبة للمستقبل فحسب بل بالنسبة للماضى أيضا شأنها فى ذلك شأن الفسخ · وعلى هذا الأساس يعتبر العقد الذى تمت اقالته كأن لم يبرم أصلا (٣) قياسا على حكم الفسخ وأثره · وهذا الأثر الرجعى للاقالة لا يتحقق الا بالنسبة للعاقدين نفسيهما والخلف العام لهما ودائنيهما ·

والحكم يختلف بالنسبة لغير هؤلاء حيث لا يكون لها أثر رجعى على الماضى فأثرها فقط بالنسبة للمستقبل والهدف من ذلك هو منع الاضرار بحقوقهم التى اكتسبوها فى الماضى استقرارا للمعاملات بين الناس ·

وتطبيقا لذلك نرى أنه لو باع انسان لآخر عقارا ثم اتفق الطرفان على الاقالة · فالبيع فى هذه الحالة بالنسبة لهما (البائع والمشترى) كأن لم يبرم أصلا ويرجعان الى

---

(٣) أ·د· عبد الفتاح عبد الباقى : ص ٦٦٤ وقد أشار سيادته الى حكم تمييز الكويت ١/٣٠ سنة ١٩٧٤ طعن رقم ١٠ سنة ١٩٧٣ تجارى وقد جاء فى هذا الحكم إن التقايل يأخذ حكم الفسخ وأثره فينحل العقد فيما بين المتعاقدين بأثر رجعى ويعاد هذان الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ·

الحـــالة التى كانا عليها قبل ذلك . أما بالنســـبة للغير فلا مساس بحقه ((٤) .

وبهذا نرى بأن صـــاحب هذا الرأى أخـذ بالتكييف الفقهى القائل بأن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين عقد جديد فى حق غيرهما .

- **الرأى الثانى** : وهو رأى جمهور فقهاء القانون المدنى بأن الأصـــل فى الاقالة ليس لهـــا أثر رجعى الا اذا اتفق المتقـــايلان على غير ذلك شريطـة ألا يؤثر ذلك فى حقوق الغير (٥) منعا للاضرار بهم فاذا باع أحمد عقارا لابراهيم ،

---

(٤) ويقول الأستاذ الدكتور عبد الفتاح (ولكن بالنسبة الى الغير ، فان البيع يعتبر أنه لم يمس . كل ما هنـــالك أنه بمقتضى الاقالة يعتبر الطرفان أنهما اتفقا على بيع عكس . أى اتفقا على أن يبيع المشترى الدار من جديد الى البائع بنفس الثمن . ويترتب على اعتبار الاقالة عقدا جديدا بالنسبة الى غير المتعاقدين . نتائج عملية هامة . فلو أن مشترى الدار مثلا قد رهنها بعد شرائه اياها . ثم تمت اقالة البيع فانها لا تؤثر فى حق الرهن وتعود الدار الى مالكها القديم محملة به).

(٥) أنظر فى ذلك :

أ.د. عبد الرازق السنهورى فى الوسيط جـ ١ ص ٦٩٠

أ.د. عبد الرازق السنهورى فى مصادر الحق جـ ٦ ص ٢٤٧ .

أ.د.أحمد حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام ص ٣٥٥ وما بعدها .

أ.د.محمد كامل مرسى الالتزامات ص ٦٢٤ .

أ.د. جلال العدوى السابق ص ٢٦٢ .

أ.د. عبد الناصر العطار السابق ص ٢٤٤ .

أ.د. عبد الخالق حسن دروس فى مصادر الالتزام ط ١٩٨٤ ص٢٧١

أ.د. عبد اللطيف عامر السابق ص ٣٩ .

أ.د. محمد محمود المصرى ومحمد أحمد عابدين .

فى الفسخ والانفساخ والتفاسخ فى ضوء القضـاء والفقه ص ٤٣ ط ١٩٨٦ .

ثم اتفق الطرفان على التقايل وتم فعلا بينهما علما بأن ابراهيم الذى اشترى العقار قد قام برهنه بعد شرائه لزيد ثم تمت الاقالة فان ذلك لا يؤثر فى حق الرهن ويرجع العقار لمالكه القديم مثقلا بالرهن الذى لا يزول الا بعد استيفاء حق المرتهن (٦) ٠ من المدين أو من الشىء المرهون ببيعه أو بما له حق التتبع والأولوية والافضلية ٠

وبناء على الرأى الأخير نجد بأن هناك حالتين :

- **الحالة الأولى** - الاقالة فى الأصل ليس لها أثر رجعى : وهذا يعنى ان ما تم تنفيذه من العقد لا يزال ولا يرجع فيه ويترتب على ذلك عدة نتائج خاصة بالعقود الناقلة للملكية كالبيع والمقايضة والهبة ٠٠ الخ وفى كل هذا يجب أن يكون المحل عقارا ٠

١ - اذا تقايل المتعاقدان من عقد ناقل للملكية كالبيع فالملكية التى انتقلت للمشترى الأصلى لا تزول

---

(٦) أنظر أحكام محكمة النقض الصادرة فى هذا الموضوع :
نقض ١/٥ سنة ١٩٤٤ طعن ١٠٢ س ١٣ ق ٠
نقض ١٠/١٦ سنة ١٩٤٧ طعن ١٢٥ س ١٦ ق ٠
نقض ١١/٢١ سنة ١٩٧٤ طعن ٨٢ س ٣٩ ق ٠
نقض ١١/١٠ سنة ١٩٧٩ طعن ٦٧٢ س ٤٥ ق ٠
وفيه أن الغير الذى لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا على العقار المبيع ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن مشترى العقار من المشترى الأول - الا بشهر عقدى البيع والتأشير بالحكم الصادر فى دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتها المشهرة ٠ أما مجرد شهر الصحيفة فانه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشترى الأول ولو كان عرفيا) مشار اليه أ - محمود المصرى ومحمد عابدين فى الفسخ والتفاسخ ص ٤٦ ٠

بأثر رجعى ولكنها تعود الى البائع بعقد جديد هو الاقالة • بل تعود مثقلة بالحقوق التى أنشأها المشترى على المبيع كحق الرهن أو حق الاتفاق • أو التى تكون قد نشأت من جهته كحق امتياز أو حق اختصاص •

٢ ــ ان الملكية لا تعود الى البائع الا بعد تسجيل الاقالة والا ظلت الملكية للمشترى ويمنع البائع من التصرف الذى يتصرف فيه •

٣ ــ والأثر المهم أن حق الشفيع فى الشفعة لا يسقط بسبب البيع الذى تقايل منه الطرفان • بل يثبت للشفيع حق جديد فى الشفعة بالاقالة اذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة فى البيع الأصلى •

الحالة الثانية : الاقالة لها أثرها على الماضى رغم أن الأصل فيها هو عدم الاثر الرجعى كما تقدم لكن ربما يتفق المتعاقدان عند الاقالة على أن يكون لها أثر رجعى ويعتبر العقد الأصلى كأن لم يكن • وهنا تقترب الاقالة من الفسخ الاتفاقى •

الأثر الرجعى للاقالة : (٧) وذلك فى حالة

---

(٧) أنظر أ•د• أحمد حشمت أبو ستيت مصادر الالتزام السابق ص ٣٥٦ د• السنهورى جـ ٦ ص ٢٤٧ •
وأنظر حكم محكمة النقض المصرى فى ٤/٧ سنة ١٩٦٦ طعن ٣٢/٢٣٢ ق م ق س ١٧ ص ٨٢٥ رقم ١١٢ وقد جاء فيه (ان التفاسخ لا يكون له أثر رجعى الا اذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له) ولقد اعترض عليه أ•د• عبد الفتاح عبد الباقى حيثأث =

ما لو اتفق المتقايلان على أن يلتزما بهذه القيود الآتية (٨)

(أ) الاقالة اذا كان لها أثر رجعى فانها تعد عقدا جديدا مما يوجب تسـجيلها ودفع رسوم جديدة لذلك لأن التقايل فى هذه الحالة بمثابة عقد جديد .

(ب) ان الأثـر الرجعى للاقالة لا يمس حقوق الغير وترجـع العين الى البـائع وهى متقلة بالحقـوق الذى قدر بيعها والتى قد رتبها المشترى قبل التقايل على العين المبيعة . كحـق الرهن أو الارتفـاق أو الامتياز أو الاختصاص .

(جـ) يجوز للدائنين أن يطعنوا فى الاقالة بالدعـوى البوليصية فيما لو وقعت من المدين وهى مشوبة بالغش بهـدف الاضرار بحقوق الدائنين بل لهم الحق فى ذلك ولو لم يكن لها أثرها الرجعى .

= قال فى هامش ص ٦٦٥ . (وهـذا الذى قاله الحكم ليس صحيحا . اذا قصد من التفاسخ التقايل من العقد بالمعنى الذى نقصده وهو ازالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبدا . ولكن محكمتنا العليا . شأنها فى ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون فى حكمها استعملت هنا اصطلاح التفاسخ فى معنى الغاء العقد للمستقبل دون مساس بما تم من تنفيذه فى المـاضى . وذلك فى عقد توريد أغذية لبعض المدارس ، تنفذ فى بعض مدته ثم مرض المتعهد . فطلب اعفاءه من الاستمرار فى التوريد ووافقت مديرية التعليم على اعفائه .

ومحكمتنا العليا ، اذ تستعمل هنا اصطلاح التفاسخ فى المعنى الـذى بيناه ، يتمثل قضاؤها سليما تماما اذ اننا لسنا هنا بصدد الاقالة بمعنى ازالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن ، وانما بصدد انهاء للعقـد والغائه للمستقبل فحسب .

(٨) د. عبد اللطيف محمد عامر السابق ص ٤٠ .
د. السنهورى ص ٢٤٨ .

(د) ان طبيعة العقد الزمنى تقتضى ان ما تم تنفيذه منه لا يمكن الرجـــوع فيه لأن الزمن معقود عليه وما مضى من الزمن لا يعود ٠ ولذلك لا يمس الأثر الرجعى ما تم تنفيذه من العقود الزمنيـــة حتى فيما بين المتقايلين ٠ كعقد الايجار والعمل ٠ وهذا قدر مشـــترك بين الاقالة والفسخ حيث لا أثر له فى الماضى فى العقود الزمنية ٠

(جـ) الفسخ الاتفاقى والحكم بصورية التفاسخ (٩)
لقد وضعت محكمة النقض مبـــدأ هاما ألا وهو أن الفسخ الاتفاقى يفسخ العقد حتما دون خيار بين الفسخ والتنفيذ حيث قالت فى حكمها :

اذا كان الحكم المطعون فيه قـــد أجـاب طرفى التعاقد الى ما طلباه من فسخ العقد فانه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحـــدث عن شروط انطباق أحكام المـادة ١٥٧ مدنى لأن مجـــال أعمالها هـــو حالة الشرط الفاسخ الضمنى أما فى حالة الفسخ الاتفاقى فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضى خيار بين الفسخ والتنفيذ ٠

ومن المبادىء أيضا أن القضاء بصـورية التفاسخ عن عقد البيع يعتبر قضاء ضمنيا بصـــحة ذلك العقد ٠ حيث

---

(٩) نقض مدنى ٢١/١١ سـنة ١٩٧٤ طعن ٨٢ س ٣٩ ق ومحمـد المصرى ومحمد عابدين ص ١٦٠ ٠

قالت فى حكمهـــا أنه (اذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ عن عقد البيع الذى تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد بعـد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صـحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه · فانه يكون بذلك قضى ضمنا بصحة ذلك العقد الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى (١٠) .

---

(١٠) الصادر من المشتريه الأولى الى المشترى الأخير نقض ٣/١٨ سنة ١٩٧١ طعن ٣٥٣ س ٣٦ ق والمرجع السابق ص ١٦٠ ·

الفصل السابع

تطبيقـــات فى الاقالة

ـ قلنا سابقا بأن العقود اللازمة للجانبين أو لأحدهما هى التى تدخل فى نطاق الاقالة وخصوصا فى عقود المعاوضات كعقود البيع والمقايضة والسلم والاجارة والحوالة والقسمة والرهن والكفالة والمزارعة وغير ذلك من العقود الأخرى ونبين بايجاز أثر الاقالة فى بعضها كتطبيق من تطبيقاتها ، وذلك فى عدة مباحث :

المبحث الأول

اقالة عقـــد البيع

ـ تعريف العقد لغة وشرعا :

العقد لغـــة يطلق على الجمع بين أطراف الشئ وربطها تقول عقدت الحبل فانعقد اذا جمعت بين أطرافه ٠

وعرف شرعا لدى جمهور العلمـــاء بأنه (الـــربط بين كلامين ينشـــأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحـــد الطرفين أو أو لكليهما) (١١) ٠

والبيع مصـــــدر باع ٠ فيقال باع محمد أحمدا العقار

---

(١١) الملكية ونظرية العقد لفضيلة المرحوم الشيخ أبو زهرة ص١٩ وأشار اليه أ٠د٠ الشافعى عبد الرحمن فى عقد البيع ص ٤ ٠

بيعا ٠ وهو فى اللغة مقابلة شىء بشىء على وجه المعاوضة (١٢) ٠

وفى اصطلاح الفقهاء مبادلة المال بالمال تملكا (١٣) ٠

وقيل بأنه البيع عبارة عن (عقد يتضمن معاوضة مال بمال لاستفادة ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة) (١٤) ٠

العقد فى القانون :

هو توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو انهائه) (١٥) ٠

وقيل بأنه (توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر يرتبه القانون ٠ أو هو ارتباط الايجاب بالقبول على احداث أثر يرتبه القانون (١٦) ٠

وهذا التعريف يتمشى مع الفقه الاسلامى لأنه قائم على أمرين : على الارتباط بين الايجاب والقبول وان يهدف بذلك احداث أثر يرتبه القانون ٠

وعرفت المادة ٤١٨ مدنى البيع بقولها :

(البيع عقد به يلتزم البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقا ماليا آخر فى مقابل ثمن نقدى) ٠

---

(١٢) القاموس المحيط والمصباح المنير مادة : عقد

(١٣) أحكام القرآن للجصاص ص ٢٩٤ وبعدها ٠

(١٤) قليوبى وعميرة جـ ٢ ص ٥٠ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣ ٠

(١٥) نظرية العقد أ٠د٠ السنهورى ص ٧٩ وبعدها ٠

(١٦) نظرية العقد د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٢ ٠٠

ويستنبط من هذا التعريف بأن البيع عقد رضائى من عقود المعاوضات ، وملزم للجانبين ، بل من أهم خصائصه التى تميزه عن غيره من العقود الأخـرى تتمثل فى أمرين : وهما : نقل الملكية من البائع الى المشترى ، والثمن النقدى الذى يدفعه المشترى للبائع (١٧) ،

والبيع مشروع بالكتاب والسـنة والاجمـاع والمعقول حيث أجمع الفقهاء على مشروعيته فى الجملة لحاجة الناس اليه (١٨) ولقوله تعالى (أحل الله البيع وحرم الربا) (١٩) ،

ـ اقـالة البيع :

من العقود التى تقبـل الاقالة البيع ، فاذا وقع صحيحا مسـتوفيا لشروطه وأركانه خاليا من الخيارات والأسباب الموجبة للفسخ فانه فى هذه الحـالة يدخل فى نطاق الاقالة باجماع الفقهاء (٢٠) ،

ويترتب على ذلك نقض أحكام البيع وآثاره حيث يعود المبيع الى ملك بائعه والثمن الى ملك مشتريه وفقا للفقهاء

---

(١٧) عقد البيع د ، توفيق حسن فرج ص ٣٥ ط ١٩٧٩ ،

(١٨) أنظر فتح القدير جـ ٥ ص ٧٣ ، المبسوط جـ ١٢ ص ١٠٨ ، المجموع جـ ٩ ص ١٥٦ ، المغنى لابن قدامـة جـ ٣ ص ٦٥٠ ،

(١٩) سورة البقرة الآية ٢٧٥ ،

(٢٠) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤٩٣ ، رد المحتار لابن عابدين جـ ٥ البهجة فى شرح التحفة جـ ٢ ص ١٤٦ ، الدسـوقى على ص ١٢٠ الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٥٤ ، حاشـية الجمـل على المنهـاج جـ ٣ ص ١٥٦ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٨ والبحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٥ ، وشرح النيل جـ ٤ ص ٢٥٧ ،

الذين قالوا بأن الاقالة فسخ للعقد السابق غير أنهم اختلفوا فى تحديد وقت النقض على نحو قولين : (٢١) .

القول الأول : يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية بأن النقض يكون من وقت وقوع الاقالة (٢٢) .

وحجتهم فى ذلك أن العقد لا ينعطف أثره على الزمن السابق فكذلك اقالته . وكذلك لو كان البيع مما يثبت فيه حق الشفعة ثم أقاله . فلو قلنا ان الاقالة نقض للبيع من أصله فلا يلزم وجوب الشفعة مع أن الاقالة موجبة للشفعة .

القول الثانى : يرى الشيعة الامامية بأن النقض من أصل البيع واستدلوا بأن الاقالة فسخ وهو نقض للعقد من اصله فكذلك الاقالة (٢٣) .

ولكن يرد على ذلك بأن هذا قياس مع الفارق لأن الاقالة تقوم بارادة المتعاقدين بخلاف الفسخ فقد يقوم بارادتها أو بغير ذلك . كالفسخ بحكم القضاء أو فسخ العقد الجائز فانه لا يتوقف على الاتفاق .

والذى أراه أن الرأى الراجح القائل بأن الاقالة نقض للعقد من وقت وقوعها لا من أصل البيع لقوة أدلته وسلامتها من المعارض وحتى لا يلحق الغير ضررا بذلك وفضلا عن ذلك فان العقد تم صحيحا وترتبت عليه آثاره .

---

(٢١) د. مسلم ابراهيم عبد الرءوف ص ٢٦٣ وما بعدها .
(٢٢) البحر الرائق جـ ٦ ص ٦٠ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ١٥٨ المجموع شرح المهذب جـ ١٢ ص ٢٠٣ .
(٢٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٩٣ .

ويترتب على الرأى الراجح بأن الزيادة التى حصلت فى الشىء المبيع قبل الاقالة تكون من حق المشترى لقول الرسول (ص) (الخراج بالضمان) (٢٤) بخلاف ما لوحصلت الزيادة بعد الاقالة فهى من حق البائع لأن الزيادة وقعت فى ملكه ٠

وهل يجوز للمشترى استعمال المبيع بعد الاقالة ؟؟

لا يجوز ذلك للمشترى فى هذه الحالة الا بعد اذن البائع لأن المبيع فى هذه الآونة يعتبر أمانة فى يدى المشترى حتى يقوم بتسليمه للبائع فاذا استعمله المشترى دون اذنه وجب عليه دفع الأجرة (٢٥) ٠

ـ موقف الفقهاء فيما لو حدث عيب فى الشىء المقال قبل تسليمه للبائع ؟؟

قلنا سابقا بأنه يترتب على تطبيق الاقالة فى البيع رجوع الشىء المبيع وفقا لحالته التى كان عليها وقت العقد ٠

وبناء على ذلك لو حصل عيب وهو فى يدى المشترى فيجب عليه أن يدفع للبائع أرش العيب وذلك فى حالة علم البائع فاذا لم يعلم بالعيب الا بعد رجوعه الى ملكه ٠ ففى هذه الحالة ٠ هل يجوز له أن يرده ثانيا الى المشترى أم لا ؟٠

---

(٢٤) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٢١٢ ٠ والمراد بالخراج الزيادة التى تدخل فى ضمان المشترى بالبيع الصحيح ٠٠ فتكون من حقه لحصولها فى ملكه ٠

(٢٥) حاشية الجمل على المنهاج جـ ٣ ص ٣٣٢ ٠

اختلف الفقه الاسلامى فى ذلك على رأيين :

- الرأى الأول : وهو مذهب الشافعية والحنابلة يرون أنه لا يجوز للبائع أن يرده الى المشترى بل يجب عليه أن يدفع الأرش فقط (٢٦) ٠

وحجتهم فى ذلك : ان الاقالة نقض للعقد من وقت وقوعها فاذا حدث العيب فى يد المشترى فهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغى أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن (٢٧) ٠

الرأى الثانى : وهو مذهب الحنفية والشيعة الزيدية ٠ (٢٨) يرون أن للبائع رده الى المشترى وبالتالى تنفسخ الاقالة ٠ واستدلوا بأن الاقالة فسخ والواجب فيه المبيع كحالته وقت القبض ٠

ولكن يرد على ذلك بأن الجزء المعيب يمكن تقديره بالثمن فالمبيع المعيب مع أرش العيب بمثابة المبيع يوم القبض حكما (٢٩) ٠

والراجح هو الرأى الأول القائل بعدم جواز رد المبيع الى المشترى بهذا العيب ٠ بل يجب على المشترى للبائع أرش العيب لقوة الدليل وسلامته من المعارض (٣٠)

---

(٢٦) المجموع جـ ١١ ص ٤٥٠ - حاشية الجمل على المنهاج القواعد لابن رجب ص ٣٨١ ٠ جـ ٣ ص ١٥٦
(٢٧) المجموع جـ ١١ ص ص ٤٥٥ ٠
(٢٨) حاشية الطحاوى جـ ٣ ص ٩٢ ، التاج المذهب جـ ٢ ص ٤٧٩ ٠
(٢٩) د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف ص ١٨٥ ، ٢٧٠ ٠
(٣٠) المرجع السابق ص ٢٧٠ ٠

الآثار المترتبة على أن الاقالة عقد جديد فى حق الغير :

ـ يترتب على تطبيق الاقالة فى البيع آثار وأحكام فى حق الغير وهو الطرف الثالث ٠٠ ما يأتى : (٣١) ٠

(أ) لا يجوز للواهب أن يرجع فى هبته وذلك فيما لو بيع له الشىء الموهوب من آخر ، ثم تقايلا ، لأنه والحالة هذه أشبه بالمشترى منه فكأن الموهوب عاد اليه ببيع جديد لأن الواهب يعتبر طرف ثالث فى الاقالة ٠

(ب) ويترتب على ذلك أيضا بأن البائع الثانى لا يجوز له رد الشىء المبيع بعيب قد علمه بعد الاقالة ٠ وهذا أمر يتحقق فيما لو باع المشترى المبيع من آخر ، ثم تقايلا ، ثم ظهر له عيب حدث للمبيع وهو تحت يد البائع فرغب فى رده الى البائع الأول ٠ فلا يجوز له ذلك شرعا لأن البائع الأول طرف ثالث فى الاقالة ٠

(جـ) ثبوت الشفعة للشفيع فى حالة الاقالة ٠ مثل ما لو كان الشىء المبيع عقارا يجوز فيه الشفعة ٠ وأخذ الشفيع العقار بموجب حقه فى الشفعة ٠ وبعد ذلك تقايل المتبايعان ورفع العقد الذى بينهما ٠ هل يقضى للشفيع بالشفعة ويظل الشىء باق على حاله أم لا ؟

---

(٣١) رد المحتار لابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٦ ٠
القواعد لابن رجب ص ٣٧٩ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٢٧٥ ٠

نعم يقضى له بالشفعة لأن الشفيع أيضا فى هذه الحالة يعتبر طرفا ثالثا فى الاقالة .

وكل هذه الأحكام الفقهيـــة المتعلقة باقالة عقـد البيع باعتبارها عقدا جديدا لا تتعـارض مع المبادىء العامة لعقد البيع فى القـــانون المدنى المصرى والعراقى والكويتى لأن غالبية أحكامهم مأخوذة من الفقه الاسلامى الذى دون فقهاؤه نظرية عامة فى الاقالة فى العقود وأهمها عقد البيع .

فاذا كان عقد البيع فى القـــانون المدنى يقبل الفسخ لأنه من العقود الملزمة للجـــانبين فكذلك من باب أولى يقبل الاقالة ويترتب عليها انحلال العقد الأول قياسا على الفسخ الاتفاقى الذى يترتب عليه اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد واذا استحال ذلك فلا تجوز الاقالة لعـدم وجود المحل ولكن ينفسخ العقـد مع التعويض (٣٢) وينحل البيع بأثر رجعى سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير (٣٣) .

---

(٣٢) المـــادة ١٦٠ مدنى .

(٣٣) الوسيط فى شرح القانون المدنى .

٠٩ د. السنهورى ج ٤ البيع والمقايضة ص ٨٤٠ ف ٤١٧ .

المبحث الثـانى
الاقالة والشفعة

نص المشرع فى المـادة ٩٣٥ مـدنى على أن (الشـفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية) (١) ٠

فالشفعة رخصة وليست حقا شخصيا أو عينيا بل تعتبر مصدرا من مصادر الحقوق العينية وسببا لـكسب المـلكية والانتفاع والحكر ولا توجد الا فى عقار (٢) ٠

وقد أخذ المشرع الوضعى أحكام الشـفعة من الشريعة الاسلامية التى تعتبر المصدر التاريخى لنصوصها بل المصدر الرسمى للقاعدة التى يطبقها القاضى وفقا للدستور المصرى الحالى الذى يعتبر الشريعة الاسلامية هى المصدر الأساسى للتشريع فى ج٠ ع٠ م٠ والقاضى حينما يرجع اليها لا يتقيد بمذهب معين بل يأخذ من المذاهب كيفما يشاء وفقا للمصلحة العامة المقدمة على المصالح الخاصة ٠

والشفعة لدى فقهاء الشريعة : حق تملك قهرى للعقار المبيع للشفيع جبرا عن المشترى) ٠

وهى تعتبر بلا شك قيدا على حـرية تصرف المـالك فى ملكه وهى من أخص عناصر الملكية ٠

---

(١) أنظر المواد من ٩٣٦ ـ ٩٤٨ مدنى فى الشفعة وانظر المراحل التى مرت بها المـادة ٩٣٥ فى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٦ ص ٣٤٥ ـ ٣٥٧ ٠

(٢) ؟ ٠ د/ عبد المنعم فرج الصده حق الملكية ص ٤٠٧ ط ١٩٦٧ ٠

وقال أبو حنيفة والشافعى لا شـفعة الا فى الأرض فقط أو فى أرض بما فيها من بناء أو شجر نابت فقط .

وقال مالك الشفعة واجبة فى الأرض وحدها وفى الأرض بما فيها من بناء أو شجر نابت أو فى الثمـار التى فى رءوس الشجر وان بيعت دون الأصول .

وعن عثمان بن عفان (ض) قال : لا شفعة فى بئر ولا فحـل .

والأرف « الحدود والمعالم » يقطع كل شفعة .

وقال ابن حزم الظاهرى : الشفعة واجبة فى كل جـزء بيع مشاعا غير مقسوم بين اثنين فصـاعدا واسـتدل بأن الرسول (ص) (قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) (٣) .

فهى ثابتة على خلاف الأصل والقياس ورغم ذلك يأخذ بها دفعا لضرر متوقع للشفيع لسبب اتصال ملكه بالعقـار المبيـع .

وليس للوارث فى مذهب الحنفية أن يطلب بالشفعة اذا مات الشفيع الموروث قبل الحكم له . وذلك لأن حق الشفعة لا يورث اذ هو ارادة ومشيئة (٤) .

وأخذ بهذا الفقه الوضعى فى الغالب (٥) وأيدته محكمة الاستئناف بجميع دوائرها حيث قررت فى مايو سـنة ١٩٣٠

---

(٣) أنظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٨٢ وبعدها .
(٤) الملكية ونظرية العقد فضيلة المرحوم الشيخ محمد زهرة ص ١٨٠ .
(٥) كتاب للشفعة ؟ . د/ محمد كامل مرسى ص ٣٢٠ .

بأن حق الشفعة لا ينتقل الى الوارث بوفاة الشفيع قبل الامتلاك أو بالتراضى أو بقضاء القاضى (٦) ٠

أثر الاقالة على الشفعة :

ان الأثر يختلف باختلاف التكييف الفقهى للاقالة :

(أ) فمن رأى بأن الاقالة فسخ (محمد وزفر من الحنفية وغيرهم كما بينا سابقا) يقولون بأن القياس يقتضى ألا يكون للشفيع حق الشفعة فيما رفع وزال بالاقالة ٠

(ب) ومن رأى بأنها فسخ فى حق العاقدين بيع فى حق ثالث (أبو حنيفة) أو بأنها بيع فى حقهما (أبو يوسف) فان الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقايل البيع بين البائع والمشترى٠

واذا كان حق الشفيع قد ثبت بمقتضى الشرع أو بحكم القاضى بثمن مقدر فانها تكون لازمة لا يستطيع التخلص من الشفعة الا برضا المشترى أى باتفاقهما أو اذا ظهر فى العقار محل الشفعة عيب ٠

وحجة ذلك أن قضاء القاضى قد أثبت الملك الشفيع بالثمن المقدر فكان وضعه مع المشترى كوضع المشترى مع البائع ٠ ومعروف أنه بعد البيع ليس للمشترى أن يتحلل من العقد وآثاره الا بالاقالة باتفاقهما ٠ وكذلك الوضع بالنسبة للشفيع (٧) ٠

---

(٦) مشار اليه فى المرجع السابق ص ١٨١ ٠

(٧) المبسوط للسرخسى جـ ١٤ الشفعة ص ١١٠

د٠ عبد اللطيف محمد عامر السابق ص ٦٩ وبعدها ٠

الاقالة والشفعة فى القضاء :

ان موضوع الاقالة قـد أثير أمـام القضـاء المصرى بالنسبة للشفعة فيما لو حصل بين البائع والمشـترى اقالة باتفاقهمـا ٠

والسؤال المطروح أمامكم ، هل يسقط حق الشفيع فى الشفعة الثابت له بسبب البيع الذى ترتبت عليه الاقالة ؟؟

والاجابة عن ذلك لا لا ٠

والدليل على ذلك بأنه قد حكم بأن حق الشـفعة يتولد بمجرد حصول البيع ٠ فتقايل البائع والمشـترى بعـد ذلك لا يسقط هذا الحق ، لأن التقـايل لا يؤثر فى حقـوق الغـير خصوصا اذا كان الهدف التخلى منها ٠

ويقول الدكتور (عبد اللطيف عامر) (٨) (فبالنسـبة الى الشفيع لا يسقط حقه فى الشفعة الثابتة له بسبب البيـع الذى ترتب عليه التقايل ، بل ان حق الشفعة يتجدد للشفيع اذا كان قد سقط فى البيع الأول لاعتبارها بالنسبة اليه بيعا جـديدا) ٠

لكن هل يجب تسجيل العقار فى هذه الحالة ؟؟

ان التقايل هو اتفاق فاسخ للعقـد الأول ، فاذا كـان العقد الأول قد ترتب عليه انتقال حق الملكية فى عقـار ، فان التقايل فيه من شأنه أن ينقل هـذا الحق ممن آل اليـه الى

---

(٨) نقض ١٩٧٩/١/١٠ طعن ٦٧٢ س ٤٥ ق ٠

(٩) المرجع السابق ص ٧٢ ٠

صاحبه الأصلى ومن ثم يكون تسجيله واجبا لانتقال الملكية اليه) (١٠) ٠

وجملة القول فيما سبق أن الشريعة والقانون المدنى يتفقان فى أن الشفعة حق مشروع للشفيع فى حالة رفع العقد بالاقالة على رأس من يقول بأن الاقالة بيع جديد لافسخ مطلق وبناء على هذا الرأى الأخير فأن الشفعة لا تثبت فى حالة الاقالة ٠

---

(١٠) الالتزامات ؟ ٠ د/ محمد كامل مرسى ج ١ ص ٦٢٦ وما بعدها وقد أشار اليه د٠ عبد اللطيف عامر فى بحثه السابق ص ٧٢ ٠

المبحث الثالث

اقالة عقد المقايضة

تعريفها : **لغة وشرعا وقانونا :**

لغة : المقايضة مصدر قايض مقايضة عاوضه بمتاع ٠ ومنها قيض الله تعالى فلانا لفلان أى جاء به وارتاح له قال تعالى (وقيضنا لهم قرناء فزين لهم الشيطان أعمالهم)(١) أى بعثنا لهم (٢) ٠

شرعا ـ المقايضة عبارة عن بيـع العـين بالعـين (٣) سواء اتحد جنسهما أم اختلف ٠

مثل ما لو باع الرجل فرسـه بفرس آخـر أو بسـتانه ببستان آخر أو منزله بأرض زراعية ٠

وقيل بأن المقايضة بيع سلعته بسلعة كبيع دار ببستان أو فرس ببعير ٠ فاذا حصل ذلك ثم اسـتحق أحـد البدلين يرجع من حكم عليه بالاستحقاق على صاحبه بالبدل الآخـر ان كان موجودا أو بقيمته يوم قبضه ان كان هالكا بقيمـة العين المستحقة سواء كان الهلاك بتعد أو بدون تعد (٤) ٠

---

(١) الآية ٢٥ من سورة فصلت قرآن كريم ٠

(٢) مختار الصحاح مادة (قيض) ٠

(٣) رد المحتار على رد المحتـار شرح تنوير الأبصـار لابن عابدين ج ٤ ص ٥٠٠ ٠

(٤) المعاملات فى الشريعة الاسلامية أحمد أبو الفتح ج ١ ط الثانية ص ٣٣٦

المقايضة قانونا :

عرفت المادة ٣٨٢ المقايضة بقولها (المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل الى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود) (٥) أو هى مبادلة حق مالى بحق مالى آخر (٦) سواء اتحد الحق أم اختلف ٠

والغالب أن تتم المبادلة بين شىء وشىء آخر قطعة أرض بقطعة أرض أخرى أو منزل بمنزل أو سيارة بسيارة أو منزلا بقطعة أرض ٠

والمقايضة عقد مشروع بالسنة (٧) والاجماع (٨) وفى القانون المدنى (٩) وهو كالبيع من العقود الرضائية والمعاوضات ٠ وملزم للجانبين ٠ ولذلك لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بفسخه بل لابد من الاتفاق بينهما على رفع العقد وازالته _ وهذا ما يطلق عليه التقايل أو التفاسخ ٠

أثر الإقالة فى عقد المقايضة :

ان المقايضة كالبيع فى جميع أحكامه الا فى شىء واحد وهو الثمن لا يكون الا عينا ٠ ويجوز فسخها بالاقالة كالبيع ويعود المبيع الى البائع والثمن الى المشترى ٠

---

(٥) ويقابل هذا النص المادة ١٧٠٢ مدنى فرنسى ، ٤٥٠ سورى ، ٤٧١ ليبى ، ٤٩٩ لبنانى ٠

(٦) عقد البيع د٠ توفيق فرج ص ٦٥٠ ٠

(٧) السنة فعل الرسول صلى الله عليه وسلم (اشترى عبد بعبدين) نيل الأوطار جـ ٥ ص ٣٠٤ ٠

(٨) ان المسلمين أجمعوا على جواز بيع العين بالعين انظر رحمة الأمة ص ٣٠٤ ٠

(٩) انظر المواد ٣٨٢ وما بعدها مدنى مصرى ٠

ويترتب على الاختلاف فى الثمن الذى يكون دينا فى الذمة (١٠) ما يأتى (١١) :

١ ـ اذا هلك المبيع أو الثمن صحت الاقالة فى الباقى فيجب على البائع أو المشترى أن يقوم بدفع قيمة الهالك ان كان قيميا ومثله ان كان مثليا ويسلمه الى صاحبه ويسترد المعين ·

٢ ـ اذا كان أحد البدلين هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة ·

٣ ـ اذا هلك البدلان فى المقايضة قبل الاقالة أو تفسخ المقايضة بسبب من الأسباب الموجبة للفسخ اقتضت الاقالة لما مر فى شروط صحة الاقالة ·

وهذا قدر مشترك بين الشريعة والقانون ولا خلاف بينهما ·

---

(١٠) البحر الرائق ج ٦ ص ١٠٦ وفتح القدير ج ٥١ ص ٢٥١ الدر المختار ج ٢ ص ٧٩ ·

(١١) د· مسلم عبد الرءوف فى رسالته السابقة ص ٢٨٨ ·

المبحث الرابع
اقالة السلم

تعريف السلم · لغة وشرعا :

السلم لغة السلف وزنا ومعنى يقال أسلمت اليه بمعنى أسلفت (١) ·

وشرعا - (بيع شيء موصوف فى الذمة بلفظ السلم أو السلف) (٢) ·

وقيل السلم (بيع آجل بعاجل) (٣) فالآجل هو الشيء المبيع الموصوف فى الذمة وهو المسلم فيه ، وصاحبه وهو المسلم اليه · والعاجل : هو الثمن الذى يعتبر رأس مال السلم · وصاحبه رب السلم وهو المسلم (٤) ·

مشروعية السلم :

ان السلم شرع على خلاف القياس وقد أخذ بمشروعيته

---

(١) والسلف اسم مصدر من الاسلاف ويطلق على القرض الذى لا منفعة فيه أو الآباء والأجداد أو العمل الصالح · القاموس المحيط فى مادة سلف والمصباح المنير ·

(٢) تعريف للشافعية فى نهاية المحتاج ج ٣ ص ٢١٧ ·

(٣) المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ١٨٩ ·

(٤) وبتمام عقد السلم يتملك المسلم اليه الثمن فورا ويثبت المسلم فيه ذمته دينا للمسلم الذى يتملكه عند التسليم · مثل ما لو اشترى رجل ١٠٠ مائة أردب قمحا من نوع كذا بـ ١٠٠٠ جنيه مصرى تدفع فورا على أن يتسلم القمح بعد خمسة شهور فى المكان المحدد ·

جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) خلافا لابن المسيب القائل بعدم مشروعيته (٥) ٠

والدليل على مشروعيته قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) (٦) والسلم فيه دين الى أجل مسمى ٠ فالآية الكريمة قد أقرت مشروعية الدين لأجل محدود والسلم نوع من ذلك فيدخل فى نطاقه طالما يمكن ضبطه وتعينه تعيينا دقيقا وصفا وقدرا كالموزونات والمكيلات ولذلك يقول الرسول (ص) (من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم) (٧) ٠

ومن هذا الحديث نجد أن الرسول (ص) قد أجاز السلم شريطة أن يكون كيلا معلوما ووزنا وأجلا معلوما ٠ وذلك لشدة الحاجة اليه وتسهيلا فى المعاملات بين الناس ٠ فضلا عن شروطه التى ذكرها الفقهاء فى مختلف المذاهب(٨) والتى يتوقف عليها بيع السلم شرعا ٠ ولكن اذا توافرت شروط السلم وكان صحيحا هل يعتبر من العقود اللازمة وبالتالى لا يقبل الفسخ الا باتفاق الطرفين وهذه هى الاقالة أم يعتبر من العقود الجائزة الغير لازمة فيجوز لأحدهما فسخه متى شاء ؟؟

---

(٥) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٧٥ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢١٥ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٤٧ حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٢١٠ ٠

(٦) سورة البقرة الآية ٢٨٢ ٠

(٧) سبل السلام جـ ٣ ص ٤٩ ٠

(٨) شروط فى الصيغة والعاقدان والثمن والمثمن وذلك بالتفصيل فى جميع المذاهب ولا مجال للكلام فى هذه الشروط ٠

ويرجع الخلاف الى قولين :

(أ) يرى جمهور الفقهاء بأن السلم من عقود المعاوضات المالية المحضة اللازمة قياسا على البيع وهو عقد لازم ولقوله تعالى(ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)(٩) فالله سبحانه وتعالى أمرنا بالوفاء بالعقود ، والأمر للوجوب والسلم عقد فيجب الوفاء به ٠

(ب) ويرى فريق آخر وبعض الشيعة الزيدية الى أن السلم من العقود التى لا تكون لازمة فيجوز لأحدهما أن ينفرد بفسخه (١٠) وحجتهم فى ذلك قول الرسول (ص) (ليس لك الا سلمك أو رأس مالك) ٠ وفيه خير العامة بين أخذ رأس ماله وبين أخذ المسلم فيه ٠ فجواز الخيار دليل على عدم لزوم العقد ٠

والذى أراه بأن عقد السلم لازم للطرفين لقوة الدليل وحرصا على استقرار المعاملات بين الناس ويرد على المعارض بأن التخيير فى حالة ما لو تعذر وقت حلول الأجل تسليم جنس المسلم فيه قرب السلم بالخيار بين هذا أو ذاك ٠

وبناء على ما رجحناه اذا تم عقد السلم صحيحا لازما خاليا من أحد أسباب الفسخ ٠ فانه لا يجوز فسخه الا باتفاق الطرفين (أى بالاقالة) وهذا عند جمهور الفقهاء القائلين بأنها فسخ للعقد قياسا على البيع لأن السلم نوع منه فيجوز فيه ما يجوز فى البيع ولأن حق عقد السلم لرب السلم

---

(٩) سورة المائدة الآية الأولى رقم ١ ٠

(١٠) البحر الزخار ج ٤ ص ٤٠٠ وما بعدها ٠

والمسلم اليه فجاز لهما رفعه بالاقالة (١١) ٠

خلافا لمن يرى بأن الاقالة بيع جديد ، فان السلم لايدخل فى نطاق الاقالة أى لا تجوز اقالته لأن الرسول (ص) قد نهى عن بيع ما لم يقبض (١٢) ٠

والرأى الراجح هو رأى الجمهور القائل بجواز فسخ السلم بالاقالة لقوة ما استدلوا به وسلامته من المعارض (١٣) ولما رجحناه سابقا بأن الاقالة فسخ للعقد لا بيع جديد ٠

الاقالة فى بعض المسلم فيه (١٤) :

اختلف الفقهاء فى جواز الاقالة أو عدم جوازها على قولين :

(أ) يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية ورأى لدى الحنابلة (١٥) وأبى العباس رضى الله عنهم جميعا أن الاقالة فى بعض المسلم فيه لا بأس بها لأنها مندوب اليها ٠ وكل معروف جاز فى الجميع جاز فى البعض شريطة أن يكون البعض معينا ٠

---

(١١) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٧٩ ، البحر الرائق جـ ٥ ص ١٠٦ المجموع جـ ١٢ ص ١٧٠ وبعدها ٠ المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٤٣ ٠ الخرشى جـ ٥ ص ١٦٥ ـ ١٦٦ رد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ١٥٨ ٠

(١٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١١٥ ٠

(١٣) د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف ص ٣٠٦ ٠

(١٤) د٠ عبد اللطيف عامر ص ٨٢ ٠

(١٥) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٨٠ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥٠ ٠ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦٥ ، منتهى الارادات جـ ١ ص ٣٩٥ ٠

فاذا كانت الاقالة جائزة فى جميع المسلم فيه فما هـو المـانع من جـوازها فى البعض طالمـا كان البعض معينـا بالنصف أو الثلث أو الربع ... الخ ـ ولا جهالة فيه .

(ب) ويرى فريق آخر وهم المالكية وأحمد بن حنبـل فى رواية عنه أنها لا تجوز فى بعض المسلم فيه قياسا على عدم جواز الاقالة فى بعض المبيع (١٦) .

(حـ) وقال ابن أبى ليلى : ينفسخ العقـد فى الكل لا فى البعض (١٧) .

ونحن نميل الى الرأى القائل بجواز اقالة بعض المسلم فيه شريطة أن يكون معينا تعيينيـا دقيقا منافيا للجهـالة لحجتهم القوية ولاجماع الصحابة على جواز الاقالة فى هذه الحـالة .

أثر الاقالة :

يترتب على فسخ السـلم بالاقالة نقض أحـكام السلم وآثاره بأثر رجعى أى من وقت وقـوع الاقالة قياسـا على الاقالة فى البيع . وبهذا تعود الحالة الى ما كانت عليه قبـل العقد ـ فيرجع المسلم فيه الى المسلم اليه سواء أكانت بعد قبضه أم قبله . كما يرجع رأس المـال الى المسـلم وهو رب السلم ، فان كان عينا قائمة ردت الى المسلم وان هلـكت رد مثل رأس المال ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا .

---

(١٦) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٥٦ القواعد لابن رجب ص ٤٩ .
المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٤٣ .

(١٧) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٨٠ .

المبحث الخامس
الاقالة فى بيع الصرف

بيع الصرف لغة وشرعا :

فى اللغة له معان كثيرة أهمها الزيادة أو التزين بهـا ٠ ولذلك يقال : صرف الحديث أى تزيينه بالزيادة ، ومنه قول الرسول (ص) فى حديثه (يا معشر المهاجرين والأنصار من فضل زوجته على أمه ٠٠ لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا) أى ولا نفلا ولا فرضا ٠ وبهذا سميت العبادة النافلة صرفا لأنها زائدة عن العبادات التى فرضها الله على عباده (١)٠

والصرف شرعا : هو بيع النقد بالنقد جنسا بجنس أو بغير جنس ٠ أى الذهب بالذهب ٠ أو الفضـــة بالفضة أو الذهب بالفضة مصوغا أو نقدا (٢) ٠

وقد أجمع الفقهاء عـلى مشروعيتـه شريطة أن يكون التقابض فى مجلس العقد مع التماثل فيما لو كان المبيع جنسا بجنسه كبيع ذهب بذهب أو فضة بفضـة ٠ أى جنس المبيع بجنس الثمن ٠ وألا يكون فى عقد الصرف أجل يؤخر القبض مما يؤدى الى فساد العقد لعدم التعيين ولقول الرسول(ص) (يدا بيد) (٣) ٠

---

(١) مختار الصحاح مادة (صرف) ومجمع الزوائد جـ ٦ ص ١٨٥ ٠

(٢) المبسوط جـ ١٤ ص ١٠ وبدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣١٠٢ وما بعدها ٠

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ٣٦٩ ، رد المحتار جـ ٥ ص ١٥٨ ٠
بلغة السالك جـ ٢ ص ٣٨٢ المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٥٩ ٠
المهذب جـ ١ ص ٣٦٠ - مختصر الطحاوى ٠ ص ٧٥ ٠

واستدل على مشروعيته بأن الله قد أحل البيع بقوله تعالى (وأحل الله البيع) فالصرف بيع بعموم الآية لما يحتويه من مبادلة مال بمال برضاء تام وصحيح بين الطرفين . غير أن الثمن قد يكون من جنس المبيع . ولذلك لابد فيه من التماثل والا كان من الربا المحرم .

ولذلك يقول أبو سعيد الخدرى : (ض) (أبصرت عيناى وسمعت أذناى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا تبيعوا الذهب بالذهب ، ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل . ولا تشفوا بعضه على بعض ولا تبيعوا شيئا غائبا منه بناجز الا يدا بيد)(٤) .

وأيضا ما روى عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيدا . واذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد) (٥) .

أثر الاقالة فى بيع الصرف ؟؟

قلنا سابقا بأن الصرف بلا شك نوع من البيع وهو عقد مشروع بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول شريطة أن يقع صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه وأن يكون لازما لا ينفرد أحد طرفيه بفسخه ولا يتم ذلك الا باتفاقهما أى بالاقالة .

---

(٤) انظر صحيح مسلم جـ ٤ ص ٩٥ ، نيل الأوطار جـ ٥ ص ١٩٠ .
ومعنى كلمة (تشفوا) تفضلوا . (والناجز)يعنى الحاضر ، (الغائب) المراد به الغائب عن مجلس العقد .

(٥) صحيح مسلم جـ ٤ ص ٩٨ .

والاقالة فى الصرف كالبيع فاذا كـان يترتب عليهـا فى البيع عودة المبيع الى بائعه والثمن الى مشتريه فكذلك فى الصرف (٦) غير أن طبيعته تقتضى أن يكون كل من البدلين ثمنا من وجه ويترتب على ذلك عدة أمور (٧) ٠

(أ) يشترط لصحة الاقالة التقابض من الجانبين قبل الافتراق قياسا على عقـد الصرف وهـذا هو معنى الاقالة فسخا فى حق المتعاقدين بيعا جديدا فى حق غيرهما ٠ وعلى ذلك فلو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق صحت الاقالة وان افترقا قبل التقابض بطلت الاقالة ٠٠

وهذا أمر يتحقق فيما لو كان البدلان باقيين وقت الاقالة ويعودان الى صاحبهما ٠

(ب) لكن ما الحكم لو كان أحدهما هالكا والآخر باقيـا أو كان البدلان هالكين هل تصح الاقالة ولماذا ؟؟

اذا كان أحدهما هالكا والآخر باقيا صحت الاقالة لأن كلا من البدلين ثمن من وجه ٠ فيجب على المشترى أو البائع مثل الهالك اذا كان مثليا أوقيمته اذا كان قيميا ويسلمه الى صاحب ويسترد الباقى ٠

---

(٦) يشترط فيها التقابض من الجانبين قبل الافتراق ٠

(٧) د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف والمراجع المشار اليها وتتبين الحقائق ج ٤ ص ٧٣ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٥٠ ٠
واختلاف الفقهاء للطبرى ص ٩٤ وحاشية رد المحتار ج ٥ ص ١٥٢ ،
تكملة البحر الرائق ج ٦ ص ١٠٦ ٠
د٠ عبد اللطيف عامر ص ٩٧ وما بعدها ٠

واذا كان البدلان هالكين صحت الاقالة أيضا لأنها فى الصرف لا تتعلق بالعين المقبوضة ٠

فكما تجوز الاقالة برد بدلى الصرف بعينهما تجوز بمثلهما وبقيمتها ٠ فلو أسلم الى رجل مائة درهم فى حنطة ، ثم تقايلا ، فانه يجوز للذى عنده الدراهم أن يردها أو يرد غيرها اذا كانت مثل الدراهم الأولى ، كما يجوز أن يتفقا على أن يعطيه بدلها دنانير لما روى عن ابن عمر (ض) أنه سأل النبى (ص) فقال : (انا نبيع المواشى بالدراهم والدنانير فيتعذر أحدهما علينا ، أفنعطيهم بالدنانير دراهم أو بالدراهم دنانير فقال :

لا بأس بأن تأخذوها وتعطوهما بالدراهم دنانير بدلا منها (٨) ٠

ورغم ذلك اشترط التقابض فى المجلس حتى يكون البدلان معينين بالقبض منعا لشبهة الربا المنهى عنه شرعا ، فقد نهى الرسول (ص) عن بيع الكالئى بالكالئى (٩) (دين بدين) ٠

(حـ) التماثل فى بدلى الصرف بعد الاقالة : شرط أساسى فى الاقالة ٠ لأنها فى عقد الصرف ـ كغيره من العقود اعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل العقد دون تغيير لا زيادة ولا نقصانا ٠

---

(٨) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٥٢ ، المدونة جـ ٩ ص ٧٢ ـ الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٥ الخرشى جـ ٥ ص ٨٩ ٠

(٩) البحر الرائق جـ ٦ ص ١١١ ٠

ولذلك يضرب د٠ عبد اللطيف عامر مثلا لما سقناه فيقول (فلو أن رجلا صرف من رجل آخــر دولارا بقروش مصرية مثلا ٠ ثم بعد أيام التقى به فقال له :

لقد أخذت منى الدولار بأقل مما يأخذ الناس أو المصرفة فزدنى ، فزاده قروشا أخــرى فهــذا جــائز ثم أراد أن يرد القــروش الأصــلية التى صرف بهــا الدولار لأى سبب من الأسباب ويســترد دولاره فانه يجب أن يرد معهــا القروش المزيدة بعد الصرف) (١٠) ٠

وجملة القول فيما سبق أن الاقالة جائزة فى عقد الصرف شريطة أن يتوافر فيها ما يجب أن يكون فى عقــد الصرف ٠

---

(١٠) د٠ عبد اللطيف عامر ص ٩٩ ٠

المبحث السادس

اقالة عقد الاجارة (١)

ان الرأى الراجح لدى فقهاء الشريعة هو مشروعية عقد الاجارة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول . لحاجة الناس اليها فى السكن والأراضى الزراعية والعقارات الأخرى والمحلات التجارية والآلات والمنقولات والسيارات ... الخ .. وذلك لقضاء المصالح والحاجات للأفراد فى المجتمع . شريطة أن تكون مستوفية لأركانها وشروطها حتى يترتب عليها آثارها ويلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وعدم التعرض له من الآخرين مدة العقد ، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة الدورية أو الشهرية أو السنوية .

الاجارة عقد لازم :

يرى جمهور الفقهاء بأن الاجارة عقد لازم للطرفين

---

(١) الاجارة لغة قال صاحب القاموس المحيط مادة أجر . الأجر الجزاء على العمل كالاجارة .

وشرعا ـ عقد على منفعة بعوض بشروط . مخصوصة . بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٥٥٧ . نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢٦١ . الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢ وهى مشروعة لدى جمهور الفقهاء لقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) سورة الطلاق الآية ٦ .

وقول الرسول (ص) ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر . ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه حقه . سبل السلام جـ ٣ ص ٨٠ .

قياسا على عقد البيع لأنها من عقود المعاوضات (٢) ولقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) (٣) والاجارة عقد يجب الوفاء به ٠

وهذا خلافا لمن قال بأنها غير لازمة فيجوز لأحدهما أن يتحلل من العقد فى أى وقت يشاء (٤) وهم الأباضية ٠

وعلى رأى الجمهور لا يجوز انحلال العقد ونقضه الا باتفاق العاقدين بطريق الفسخ أو الاقالة لازالة حكم العقد ويترتب على ذلك ازالة العقد المدة الباقية مع ازالة الأقساط عن المدة الباقية ٠ وعلى المستأجر أن يقوم برد العين المؤجرة ويسترد حقه من الأجرة اذا كان له وجه حق ٠٠

وجملة القول فيما سبق أن الاجارة تدخل فى نطاق الاقالة وتكون صحيحة ومنتجة لآثارها بشرط أن تكون مستوفية الأركان والشروط كما ذكرنا سابقا ٠

---

(٢) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٢٦٦ الدسوقى جـ ٤ ص ٣ ٠
المنهاج للمحلى جـ ٣ ص ٦٨ ٠ رد المحتار جـ ٤ ص ٥٠ ٠
بداية المجتهد جـ ٢ ص ٤٠٠ والمغنى جـ ٥ ص ٤١١ ٠
(٣) المائدة الآية رقم ١ ٠
(٤) شرح النيل جـ ٥ ص ١٠٠ وما بعدها ٠

المبحث السابع

هل تجوز الاقالة فى عقد الصلح (١)

ان الصلح الذى يدخل فى نطاق الاقالة هو الصلح فى معاوضة مالية ٠ فالصلح عن مال بمال يعتبر فى حكم البيع والصلح عن مال بمنفعة يعتبر فى حكم الاجارة كما لو كان محل النزاع مالا معينا فتصالحا على أن يتركه أحدهما للآخر اقاء سكنى داره شهرا مثلا (٢) ٠

فالصلح فى المعاوضات المالية يتشكل بعقود تكون محلا له ، فاذا حصل وتم فى عقد من العقود اللازمة كالبيع والاجارة والمقايضة ٠٠٠ الخ

ووقع صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه ـ يكون الصلح لازما مثل محله ومن هذا المنطلق يجوز أن يكون الصلح محلا للاقالة بالاتفاق (٣) ٠

---

(١) الصلح لغة قطع المنازعات ٠ وشرعا عبارة عن العقد الذى ينقطع به التشاجر والتنازع بين الخصوم أو هو عقد يتفق فيه المتنازعان فى حق على ما يرتفع به النزاع بينهما ٠

والصلح فى معاوضة مالية مشروع لحاجة الناس اليه فى معاملاتهم وفض الخصومات والمنازعات لقوله تعالى (فأصلحوا ذات بينكم) (والصلح خير) وقال الرسول (ص) (الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما) سبل السلام جـ ٣ ص ٥٩ ٠

(٢) المدخل الفقهى للزرقاء جـ ١ ص ٥٥٤ ٠

(٣) د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف والمراجع المشار اليها ٠

بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٥٢٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٦١ وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٢١ والأم جـ ٣ ص ١٩٦ ، فقه الامامية ١٧٨ ٠

وخلاصة القول فيما سبق أنه اذا كان الصلح فى البيع يترتب على اقالته ما يترتب على اقالة البيع من رجوع كل من بدل الصلح والمصالح عنه لصاحبه لأن الأول بمثابة الثمن والثانى بمثابة البيع ٠

وأيضا اذا كان محل الصلح الاجارة فانه بلا شك يترتب على اقالته ما يترتب على اقالة الاجارة نفسها ٠ فيعود كل من بدل الصلح والمصالح عنه الى صاحبه ٠ لأن الأول يعتبر أجرة والثانى يعتبر منفعة (٤) ٠

وجعل الفقه المعاصر (٥) الاقالة أحد الأشياء المبطلة للصلح حيث قال : (الاقالة وهى عبارة عن فسخ عقدالصلح بتراضى المتعاقدين ويستثنى من ذلك الصلح عن القصاص لأنه عبارة عن العفو وهو اسقاط محض والاسقاط لا يحتمل الفسخ وأما غير القصاص ففيه معنى المعاوضة فيتحمله) ٠

تقايل الصلح فى القانون المدنى (٦) :

التقايل كما سبق هو اتفاق الطرفين فى عقد من العقود على الغائه ويترتب على ذلك انحلال العقد ٠ وهذا الانحلال

---

(٤) انظر المراجع السابقة ٠

(٥) الشيخ أحمد أبو الفتح فى المعاملات فى الشريعة الاسلامية جـ ٢ ص ٦٢٤

(٦) د٠ السنهورى الوسيط جـ ١ ص ٧٧٧ - ٧٧٨

د٠ السنهورى الوسيط جـ ٥ ص ٥٨٠ ٠

بلانيول وريبير وفانيليه جـ ١١ ص ١٠٤٩

د٠ يس محمد يحيى فى عقد الصلح ص ٦٩٨ ٠

وانظر نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٣٠ سنة ٢٦ ص ١٧٣٥

نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/١٨ سنة ٢٤ ص ١٢٧٤ ٠

يتم قبل انقضائه بالطريق المعتاد وهو تنفيذ الالتزامات التى ينشئها ٠ وقد يتم التقايل قبل البدء فى تنفيذ العقد (٧) ٠ بايجاب وقبول كالعقد الأصلى ٠

والأصل أن يكون له أثرا رجعيا ويعتبر عقدا آخر بالنسبة الى الغير وبالنسبة للتسجيل ويرى جمهور الفقه المصرى والفرنسى والمعاصر جواز فسخ الصلح شأنه فى ذلك شأن العقود الملزمة للجانبين (٨) بل تطبق فيه القواعد العامة المقررة فى فسخ العقود ويترتب على فسخه اعادة الحالة الى ما كانت عليها قبل التعاقد ويعتبر الصلح كأن لم يكن ويعود النزاع القديم كما كان دون أن يكون للصلح المفسوخ حجية على الطرفين فى هذا النزاع ٠ وفى حالة الاستحالة جاز الحكم بالتعويض ٠

وبالنسبة للتقايل فانه يجوز لطرفى عقد الصلح أن يتقايلا للصلح اذا اتفق الطرفان على ذلك ولكن لا يجوز لأحدهما أن يستقل بذلك ٠

وقد يتم التقايل صراحة أو ضمنا مثل ما لو استمرت الدعوى بين طرفى العقد دون أن يدفع أحدهما بالصلح الذى وقع بينهما ٠ كما قد يكون التقايل جزئيا فى بعض ما اصطلحا عليه (٩) ٠

---

(٧) د٠ يس محمد يحيى فى عقد الصلح ص ٦٩٨ والمراجع المشار اليها : محمد كامل مرسى فى العقود المدنية الصغيرة ص ٤٩٥ ٠ جمال الدين زكى فى العقود ص ٤٢ أكثم الخولى ص ٦٧ السنهورى فى الوسيط ج ٥ ص ٥٧٨ ٠ بودرى لاكتتنزى ج ٢ ص ٧٨٩ ديرانتون ج ١٨ ص ٤٤٢ ٠ جوسران ج ٢ ص ٧٨٨ ٠

(٨) د٠ السنهورى ج ٥ ص ٥٨٠ ، بلانيول وريبر وسافانييه ج ١١ ص ١٠٤٩ ٠

(٩) د٠ يس محمد يحيى ص ٦٩٩ ٠

ويترتب على تقايل الصلح انحلاله بأثر رجعي وعودة المتصالحين الى الحالة التى كانا عليها قبل الصلح اذ أن التقايل ليس الا فسخا رضائيا للعقد .

ونص على ذلك القانون المدنى العراقى فى المادة ٧١٧ حيث تقول (اذا كان الصلح فى حكم المعاوضة فللطرفين التقايل منه ، فيرجع المدعى به للمدعى ويدل الصلح للمدعى عليه) .

أما اذا تضمن اسقاط بعض الحقوق فلا يصح التقايل منه .

ولهذا يجب على المشرع المصرى أن يأخذ بالتقايل فى الصلح وفقا لما هو مقرر فى الشريعة الاسلامية التى تراعى مصالح الناس بكل دقة وحزم واستقرار لما بين الناس من مودة ورحمة .

المبحث الثامن
اقالة الحوالة (١)

ان الحوالة عقد مشروع بالسنة والاجماع والمعقول بشرط أن يتوافر أركانها كالصيغة الدالة على نقل الدين من ذمة الى أخرى كقوله (أحلتك بالدين الذى على على فلان فيقبل المحال ما أحاله المحيل عليه . ولابد من توافر شروط المحيل والمحال والمحال عليه والمحال به (٢) . الذى يشترط فيه التساوى (تساوى الدينان) فى الجنس والقدر والصفة واللزوم والاستقرار (٣) . مما بينته كتب الفقه بالتفصيل على مختلف المذاهب .

---

(١) وهى عبارة عن عقد يقتضي نقل دين من ذمة الى أخرى بشروط . نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٠ .
وهى مشروعة قياسا على الكفالة ودفعا لحاجة الناس اليها لما فيها من تيسير على المعسر وفك كربة من كرباته « والله في عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه » ولقول الرسول (ص) (مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع) سبل السلام جـ ٣ ص ٦٠ ومن هنا أجمع الفقهاء على مشروعيتها – المغنى جـ ٤ ص ٥٢٠ . فتح القدير جـ ٥ ص ٤٤٠ .

(٢) المحيل هو المدين . والمحال هو الدائن . والمحال عليه هو الشخص الثالث الذى التزم الدفع عن المدين للمحال . والمحال به وهو الدين الذي على المحيل .

(٣) لكن لو كان لأحمد على ابراهيم مبلغا قدره ١٠٠ جنيه مائة جنيه مصرى لا غير ولزيد على أحمد مبلغا قدره ٥٠ جنيها فانه يجوز لأحمد أن يحيل زيدا على ابراهيم بخمسين جنيها – أي بالأقل مما له على ابراهيم لا بأكثر منه .

لكن هل يجوز اقالة الحوالة أم لا ؟؟

ان الاجابة تتوقف على أمرين :

الأمر الأول : عقد الحوالة من عقود المعاوضات اللازمة للطرفين ولا يجوز لأحدهما أن يتحلل منه دون موافقة الطرف الآخر .

الأمر الثانى : هل الحوالة تقبل الفسخ أم لا ؟ اختلف الفقه الاسلامى فى ذلك على قولين :

(أ) الحنفية ومن معهم يقولون بأنها تقبل الفسخ قياسا على البيع فالحوالة عقد معاوضة أى مبادلة مال بمال (٤) .

(ب)ويرى الشافعية ورأى راجح للحنابلة أنها لا تقبل الفسخ لأن احتمال ذلك ينافى الملاءمة التى اشترطها الرسول (ص) فى المحال عليه لأن اشتراط ذلك يفيد بأن الحق قد انتقل انتقالا لا رجوع فيه (٥) .

ولكن الذى نرجحه هو أن الحوالة كالبيع من العقود اللازمة التى تقبل الفسخ وعدم قبولها ذلك يؤدى الى ضرر لأحد الأطراف والضرر منهى عنه شرعا .

أثر الاقالة فى الحوالة :

بناء على الرأى الذى أخذنا به (قبول الحوالة للفسخ) فان الحوالة اذا وقعت صحيحة ولازمة فانه بلا شك تقبل الفسخ بالاقالة مما يترتب عليها وجود دين المحال الى ذمة

---

(٤) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٤٤٠ .

(٥) المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص ٥٢٠ . نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٢٠ .

المحيل بعد أن كان فى ذمة المحال عليه • بل أصبح من حـق المحيل أن يطلب استيفاء حقه من المحال عليه كما كان سابقا قبل الحوالة ، وعلى المدين الأصلى أن يدفع مـا عليـه وفى ذمته للدائن الذى كان محالا وهو صاحب الحق لأن الحوالة بالاقالة ترتفع وتزول أحكامها وآثارها •

موقف القانون المدنى :

ان القانون المدنى قد تحدث عن حوالة الحق فى الفصل الأول من الباب الرابع فى المواد من ٣٠٣ ـ ٣١٤ وقد فصل أحكامها وآثارها كوسيلة لانتقـال الالتزام من الدائن الى شخص آخر دون حاجة الى رضـاء المدين شريطة أن يعلن بها حتى تكون نافذة فى حقه •

وحوالة الدين التى بينت الشريعة أحكامها وأخذ عنها القـانون المدنى غالبية أحكام حوالة الدين منهـا حينمـا نص عـلى أحـكامها وآثارها فى المـواد من ٣١٥ ـ ٣٢٢ بالتفصيل فى الفصل الثانى من الباب الرابع كوسيلة لانتقال الالتزام من المدين الأصـلى الى مدين آخـر بنفس الشروط والدوافع والآجال والضمانات بشرط أن يقرها الدائن والا فلا تكون نافذة •

وهى بهذه الصورة تقبل الاقالة وتعود الحالة الى مـا كانت عليها قبل الحوالة •• وأصبح المدين الأصلى هـو الملتزم بسداد الديون التى عليه للدائن • ومن حق الدائن أن يطلب مدينه الأصلى بذلك ولا يجوز له أن يطالب مدينا آخر لأن الاقالة قد رفعت وأزيلت أحكامها وآثارها ـ وهذا أمر متفق عليه فى الشريعة والقانون •

المبحث التاسع

الاقالة فى العقود اللازمة لأحد المتعاقدين

من العقود اللازمة لأحد المتعاقدين – الكفالة والرهن والمزارعة وهذه العقود رغم لزومها لأحدهما وعدم لزومها للطرف الآخر فانها تدخل أيضـــا فى نطاق الاقالة . ونبين بايجاز موقف الشريعة والقانون فى كل منها على حده وذلك فى عدة فروع .

الفـرع الأول

اقالة الكفالة

معناها لغة الضمان وقيل الضم . وشرعا : ضم ذمـة الكفيل الى ذمة الأصيل (المكفول) فى المطالبة بدين أو عين أو نفس للمكفول له صاحب (الحق) المكفول به . والكفالة مشروعة بالكتاب لقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) (١) .

وبالسنة لقول الرسول (ص) (الزعيم غارم) .

وبالاجماع لما وقع من كفالة المسلمين بعضهم بعضا من الصـــدر الأول الى الآن دون أن ينكر أحـــد منهم هـــذا الاجماع (٢) . لما فيها من فائدة للمتعاقدين (٣) حيث يأمن الدائن على ماله عند عسر المدين أو افلاسه .

هل الكفالة تدخل فى نطاق الاقالة أم لا ؟؟

ان الكفالة عقد لازم من جهة الكفيل فلا يستقل بفسخه . ولذلك لابد من رضا المكفول له بالفســخ لأن ســلامة حقــه وضمانه أمر يتعلق بتعهد الكفيل . فاذا أجاز المشرع فسخ العقد بواسطة الكفيل فان ذلك فيه ضرر للمكفول له والضرر يزال وفقا للقواعد العامة . وتعتبر الكفالة بالنسبة للمكفول له غير لازمة ولذلك يجوز له فسخها سواء رضى الكفيل أم

---

(١) سورة يوسف الآية : ٧٢ .

(٢) المعاملات الشرعية ـ أحمد أبو الفتح ص ٥٢٨ وبعدها .
المعاملات الشرعية على الحفيف ص ٢٣٢ .

(٣) الملكية ونظرية العقد للشيخ أبو زهرة ص ٢١٩ .

لا · لأن الكفالة جعلت لصالحه · فاذا تنازل عنهـا لا ضرر للغير منه كما أن الانسان لا يجبر على المحافظة على حقوقه·

فاذا انعقدت صحيحة مستوفية الاركان والشروط كانت لازمة للكفيل لا يسـتطيع أن يتحلل منهـا · ويثبت الحق للمكفول له فى مطالبة الكفيل بما على الأصـيل من دين أو عين ·

ولكن يجوز الاقالة منها باتفاق الـكفيل والمـكفول له ويعود الأمر كما هو عليه قبل الكفالة ·

وجملة القول فى ذلك أن عقد الكفالة وان كان من العقود اللازمة لأحد طرفيها فانه يجوز فسخه وبالتالى تجوز اقالته لأن من يقبل الفسخ يقبل الاقالة ·

والكفالة قانونا : (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيـذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفى بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفســه) (ولا تكون الكفالة صـحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا) (٤) ·

فاذا توافرت أركان الكفالة قانونا وتوافرت شروطهـا كانت عقدا صحيحا ولازما للـكفيل بكل صـفاته ودفـوعه ويترتب عليها آثارها والعـلاقات القانونيـة بين الكفيل والدائن وبين الكفيل والمدين (٥) ·

فالكفالة عقد بين الكفيل والدائن بخلاف المدين الأصلى الذى لا يعتبر طـرفا فى العقـد · بل تفترض وجـود التزام

---

(٤) المادة ٧٧٢ ، ٧٧٦ مدنى مصرى ·

(٥) المواد من ٧٨٢ ـ ٨٠١ مدنى مصرى ·

مكفول الذى يفترض وجـود مدين أصـلى به ودائن • فهى ترتب التزاما شخصيا فى ذمة الكفيل - الذى يعتبر التزاما تابعا للالتزام الأصلى المكفول الواقع على عاتق المدين (٦)•

وجملة القول فيما سبق أن القانون والفقه الاسلامى اتفقا على أن عقد الكفالة من العقـود الملزمـة لجانب واحد (٧) وهو الكفيل الذى لا يجوز له أن يتحلل من العقد بارادته المنفردة ولكن اذا اتفق هو والمكفول له (الدائن) على الاقالة رفع العقد وازالته فهذا أمر جائز فى الشريعة والقانون

ولذلك نجد أن الكفالة من العقود التى تدخـل فى نطاق الاقالة التى تفسخ العقد وتعود بالطرفين الى ما كانا عليه قبل العقد • فيصبح الحق بلا كفيل وبلا ضمان •

وخير دليل على ذلك أن الكفالة فى القانون تنقضى بفسخ الدين المكفول أو بابطاله • فقد يزول الدين المكفول بفسخ

---

(٦) انظر فى أحكام الكفالة ؟ • د• السنهورى فى الوسـيط جـ ١٠ ص ١٩ وبعدها وعقد الكفالة د• سليمان مرقص سنة ١٩٥٩ • د• عبد الفتاح عبد الباقى التأمينات الشخصية والعينية ص ٣٢ • د• محمد كـامل مرسى العقود المسماة جـ ١ ١٩٥٢ • د• محمود جمال الدين زكى ص ٣٤ فى التأمينات • منصور مصطفى منصور جـ ٨ عقد الكفالة ص ١٦

(٧) د• منصور مصطفى منصور • عقد الكفالة ص ١٣
أو يرى ورو ط ٥ جـ ٤ رقم ٤٣١ ص ٤٦٨ •
بودرى وقال رقم ٩١٣ ص ٤٨٣ •
بيدان وفواران جـ ١٣ رقم ٨٢ ص ٨٧ مشار اليه فى المؤلف السـابق
د• محمد كامل مرسى ص ٧٢ • د• عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٦ •
د• محمد على امام ص ٢٣ د• السنهورى جـ ١٠ ص ١٩ وبعدها •

العقد الذى أنشأه ، فيصبح الدين كأن لم يكن · وأيضا تصبح الكفالة كأن لم تكن تبعا للدين · وكذلك اذا كان العقد الذى أنشأ الدين المكفول قابلا للابطال وأبطل بأثر رجعى ، زال الدين المكفول بأثر رجعى وزالت بزواله الكفالة بأثر رجعى (٨) ·

---

(٨) د· السنهورى ج ١٠ ص ٢٣٣ ·

الفرع الثانى

اقالة عقد الرهن (١)

عقد الرهن من عقود التأمينات العينية التى لا تقوم الا بالتبعية لغيرها ولا تقوم بذاتها والهدف منها هو تأمين الدائن تأمينا خاصا بوضع الأعيان المالية تحت يده ليكون حقه ممتازا على غيره من حقوق الدائنين فى خصوص ما أرتهنه فله حق الأولوية أو الأفضلية أو الامتياز عن غيره من الدائنين العاديين حيث لا يزاحمه أحد منهم فى ثمنه اذا بيع لأداء الديون الذى على المدين ٠

والرهن عقد مشروع بالكتاب والسنة والاجماع :

١ ـ الرهن لغة الحبس ويطلق على الثبوت والدوام ٠

واصطلاحا ـ يطلق على الشىء المرهون وهو المال الذى يجعل وثيقة بالدين ليستوفى منه عند تعذر الاستيفاء أو هو حبس شىء مالى بحق يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضا كالدين ٠

أو هو عقد موضوعه احتباس مال لقاء حق حتى يمكن استيفاؤه منه عند تعذر الوفاء (١) ٠

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣٢٠ ٠

نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٣٠ ٠

المعاملات ـ ابو الفتح ص ٥٩٠ ٠

والزرقاء ٠ فى المدخل ص ٥٤٤ ٠

لقوله تعالى : (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) (٢) فالله سبحانه وتعالى قد طلب الرهن من عباده للاستيثاق وهذا دليل على أنه مشروع ولما روى عن رسول الله (ص) أنه اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه . وقد كان ذلك فى الحضر لا فى السفر .

وقول الرسول (ص) (الرهن يركب بنفقته اذا كان مرهونا .

ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا - وعلى الذى يركب ويشرب النفقة) (٣) .

ولقد أجمع الفقه الاسلامى على جوازه ومشروعيته لحاجة الناس اليه فى معاملاتهم وقضاء مصالحهم ولتوافر الثقة بينهم ولاستيفاء الدين عند تعذر الوفاء .

لكن عقد الرهن عقد جائز أم لازم ؟؟

قلنا سابقا بأن نطاق الاقالة العقود اللازمة فهل العقد هنا عقد لازم حتى يدخل فى نطاقها أم عقد جائز فيخرج عن دائرة الاقالة .

اتفقت كلمة الفقهاء على أن عقد الرهن لازم لأحد الطرفين وهو الراهن شريطة أن يكون صحيحا مستوفيا شروطه وأركانه وأن يتم القبض أى تسليم الشىء المرهون . بعكس المرتهن فلا يلزم فى حقه فله أن يتحلل منه متى يشاء لأنه صاحب المصلحة بل شرع ضمانا لحقه . ومع اتفاقهم

---

(٢) سورة البقرة الآية : ٢٨٣ .

(٣) سبل السلام ج ٣ ص ٥٠ .

على هذا فانهم قد اختلفوا فى مدى لزومه قبـل القبض الى رأيين :

الرأى الأول : يرى الحنفية والشـــافعية والحنــــابلة والأصح لدى الشيعة الامامية : أن الرهن عقــد جائز لدى الطرفين فلكل منهما فسخه فى أى وقت يشاء ٠

لقوله تعالى (فرهـــان مقبوضـــة) ولا يلزم الا بالقبض قياسا على الهبة فلا يلزم الا بها (٤) ٠

الرأى الثانى : يرى المالكية والشـيعة الزيدية (٥) أن الرهن عقد لازم من وقت العقد سواء تم القبض للمرهـــون أم لا ؟

وهذا قياس على البيع فانه يلزم بمجرد العقد ٠ ولكن هذا قياس مع الفارق لأن البيع عقد معاوضة محضة والرهن خلاف ذلك ٠

والذى أراه وأميل اليه هو أن عقد الرهن لا يكون لازما الا بالقبض لقوة الحجة وعدم المعارض ولمـــا فيه من تمام الاستيثاق والضمان وحسن النية ٠

---

(٤) المغنى لابن قـدامه جـ ٤ ص ٢٣٨ ـ شرح المهذب جـ ١ ص ٣٠٠ بدائع الصنائع ٠
البحر الزخار جـ ٤ ص ١١٤ جـ ٨ ص ٣٧٦٠ وبعدها ٠

(٥) بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٧٤ وشرائع الاسلام جـ ١ ص ١٩٤ ٠

الرهن المقبوض محل للاقالة (٦) ٠

وبناء على ما رجحناه فان الرهن المقبوض وهو اللازم للراهن يجوز أن يكون محلا للاقالة ٠ فللراهن أن يقيل عقد الرهن شريطة أن يتفق مع المرتهن عليها لأنه هو صاحب المصلحة وهو الذى يكيف مصلحته فى الاقالة أو فى عدمها ٠ فاذا لم يتفقا أويرضى المرتهن فلاقالة للزومه بالنسبة للراهن لا للمرتهن الذى يستطيع أن يفسخ الرهن متى شاء لجوازه فى حقه ٠

ومن هذا المنطلق فانه يترتب على الاقالة ازالة العقد ورفعه وكأنه لم يكن فيعود الشىء المرهون الى صاحبه ٠ بل على الراهن والمرتهن أن يرد كل ما قبضه الى صاحبه ٠ وهذا اذا لم يف الراهن بدينه الى المرتهن أما فى حالة الوفاء فان العقد ينقضى بمقتضاه ولا داعى للاقالة (٧) ٠

اقالة الرهن فى القانون المدنى :

فان الباحث فى القانون المدنى يجد أحكام الرهن الرسمى أو الحيازى لا تتعارض مع اقالته وخصوصا أنه عقد لازم للراهن وهذا أمر مشترك بين الشريعة والقانون المدنى والدليل على جواز الاقالة هو انقضاء الرهن بصفة أصلية بتزول الدائن المرتهن عنه صراحة أو ضمنا دون مساس

---

(٦) نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٨٠ بدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٧٩٦ ٠
البحر الزخارى جـ ٤ ص ١١٣ اختلاف الفقهاء للطبرى ص ٩٤ ٠
د٠ مسلم ابراهيم عبد الرءوف المرجع السابق ص ٣٦٨ - ٣٦٩ ٠
وما أشار من مراجع ٠

(٧) د٠ مسلم عبد الرءوف ص ٣٦٩ ٠

بالدين • فالدين يبقى لأنه لو انقضى لأنقضى الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصيلة فيقصد بالنزول عن الرهن النزول عن الرهن وحده لا الدين فيبقى الدين دينا شخصيا بعد أن انقضى الرهن ، ولذلك يكون انقضاء الرهن أنقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية) (٨) •

ومن هذا لو اتفق الراهن والمرتهن على اقالة عقد اقالة الرهن ورفعه وازالته فكأنه لم يكن شريطة أن تتوافر شروط وأركان الاقالة حتى يترتب عليها آثارها - ويصبح الدين دينا شخصيا بعد اقالة الرهن •

---

(٨) د• السنهورى الوسيط جـ ١٠ ص ٦٤٤ ف ٣٧٩ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ١٤٨ •

الفرع الثالث

اقالة عقد المزارعة (١)

ان المزارعة شرعت كالاجارة لدفع الحرج والمشقة عن الناس وتسهيلا لهم فى المعاملات لأن كل فرد فى المجتمع ليس لديه القدرة على أن يكون مالكا لأرض زراعية أو مال يستأجرها به · كما أن مالك الأرض فى كثير من الحالات لا يقدر على زرع أرضه ولا يميل الى تأجيرها لحاجته الى ما يخرج منها من خيرات يقضى بها حاجته · من أجل هذا شرعت ولولاها لوقع الناس فى حرج ومشقة · والشريعة الاسلامية تعمل جاهدة لدفعهما عن الناس مع توفير السعادة واليسر كلما أمكن ذلك (٢) ·

آراء الفقهاء فى مشروعيتها · ان الهدف من مشروعيتها واضح ورغم ذلك فقد اختلف الفقهاء فى مشروعية المزارعة على نحو قولين :

القول الأول : يرى أبو حنيفة والشافعى أنها غير مشروعة (٣) لما روى أن رسول الله (ص) (نهى عن

---

(١) المزارعة فى اللغة مأخوذة من الزرع بمعنى الاثبات · وشرعا عقد على الزرع ببعض ما يخرج منه بشروط ·
رد المحتار جـ ٥ ص ١٨٠ أو عقد بين مالك أرض ومزارع على أن يزرعها ببعض الخارج منها أو عقد يرد على الزرع ببعض ما يخرج منها : الشيخ على الخفيف ص ٢١٧ والشيخ أحمد أبو الفتح ص ٤٥٥ · ولسان العرب مادة زرع ·

(٢) أحمد أبو الفتح المعاملات فى الشريعة الاسلامية جـ ٢ ص ٤٥٥ ·

(٣) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٣٨٢ ·

المزارعة وأمر بالمؤاجرة · فنهى الرسول دليل على فساد المنهى عنه (٤) لأنها استئجار ببعض الخارج وهو منهى عنه · حينما قال لرافع بن خريج فى حائط بستان (لاتستأجره بشىء منه) لأن الأجرة وهى بعض الخارج مجهولة جهالة فاحشة مؤدية الى النزاع فلا تصح (٥) ·

القول الثانى : يرى الصاحبان من الحنفية والمالكية والحنابلة أنها مشروعة لأن رسول الله (ص) عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع ·

فالرسول (ص)قد زرع أرض خيبر بجزء ما يرزق الله منها وهذا عقد بين الرسول (ص) وبين أهل خيبر وهذا دليل على مشروعيتها ولحاجة الناس اليها كما قدمنا (٦) ·

والذى أميل اليه وأرجحه بأن عقد المزارعة مشروع لقوة دليل المشروعية وسلامته من المعارض كما يؤيد ذلك بأنها وقعت فى عهد النبى (ض) وفى عهد الخلفاء الراشدين ومن بعدهم (٧) ·

---

(٤) ولكن يرد على ذلك بأن النهى كان فى أول الأمر لحاجة الناس فلما زالت الحاجة أبيحت المزارعة وأجاز للمالك أن يتصرف فى ملكه بالمزارعة أو الاجارة أو غيرهما · ولذلك قال الرسول (ص) (من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه فان أبى فليمسكها) صحيح مسلم جـ ٤ ص ٤٤ ·

(٥) ولكن يرد بأن العوض معلوم جملة فقد حدد بالثلث أو بالربع أو المنصف ·

(٦) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٨٠ وبعدها ، الخرشى جـ ٤ ص ٢٧٩ · البحر الرائق جـ ٨ ص · ١٨٠ · صحيح مسلم جـ ٤ ص ٥٥ ·

(٧) بدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٨٠٧ · د· مسلم عبد الرءوف ص ٣٩٨ ·

فسخ المزارعة بالاقالة :

ان عقد المزارعة يكون صحيحا اذا كان مستوفيا لأركانه وشروطه . لكن هل يقبل الفسخ بالاقالة أم لا ؟

وقبل أن نجيب على هذا هل يعتبر عقد لازم أم لا ؟

اختلف الفقه الاسلامى فى لزومه وعدم لزومه الى قولين :

القول الأول : يرى الصاحبان والمالكية والشيعة الامامية بأنها من العقود اللازمة بشرط القاء البذر (٨) .

القول الثانى : يرى ابن حزم الظاهرى والراجح لدى الحنابلة بأنه غير لازم (٩) لأن المزارعة عقد على جزء من نماء المال فكان جائزا كالمضاربة .

والراجح عندى أن المزارعة عقد لازم بعد القاء البذر اذ لو كان جائزا لاستطاع رب الأرض أن يتحلل منه وفى هذا الحاق ضرر بالعامل والضرر منهى عنه لقول الرسول (ص) (لا ضرر ولا ضرار) (١٠) . وفضلا عن ذلك فان عقد المزارعة من عقود المعاوضات فكان لازما قياسا على عقد الاجارة .

---

(٨) أما قبل القائه البذر فان العقد جائز فى حق صاحب الأرض ولازم فى حق صاحب البذر ، راجع البحر الرائق جـ ٨ ص ١٨٠ وبعدها ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٣٨٢٧ . حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٣٧٠ وبعدها . شرائع الاسلام جـ ١ ص ٢٢١ .

(٩) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٧٠ ، المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٢٥ .

(١٠) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٨٠ .

ثمرة الخلاف :

وبناء على ما رجحناه من أن عقد المزارعة لازم فانه يجوز أن يكون محلا للاقالة بخلاف الرأى القائل بأنها عقد جائز فلا تصح أن تكون محلا للاقالة ويجوز لكل من الطرفين أو أحدهما أن يفسخ العقد فى أى وقت يشاء ٠

ولكن نؤثر القول بأن المزارعة من العقود اللازمة التى تدخل فى دائرة الاقالة وبها يرفع حكم العقد ويترتب عليها عدة أمور (١١) ٠

(أ) اذا تمت الاقالة صحيحة مستوفية لأركانها وشروطها وكان ذلك قبل حرث الأرض وبذر الزرع ٠ فانه يرجع كل من الأرض والبذر لصاحبه ٠

(ب) أما اذا تمت الاقالة بعد حرث الأرض وقبل البذر فيها فانها تكون محل نظر ويجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : اما أن تكون الاقالة من قبل العامل وفى هذه الحالة لا شىء له نظير عمله لأنه قد رضى باسقاط حقه ٠ فيسقط كعامل القراض اذا فسخ قبل ظهور الربح (١٢) ٠

الحالة الثانية : وهى ما اذا كانت الاقالة من قبل المتعاقد الآخر فانه يجب للعامل فى هذه الحالة أجرة المثل نظير ما قام به من عمل وجهد فى حرث وتجهيز الأرض حتى لا يلحقه ضرر وهذا منهى عنه (لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) والعامل لا يرضى بذلك لما فيه من ضياع لحقه ٠

---

(١١) د٠ مسلم عبد الرءوف المرجع السابق ص ٤٠٤ ٠

(١٢) المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٧٠ وبعدها ٠

(حـ) واذا تمت الاقالة بعد حرث الأرض والقاء البذر فانه يفرق بين حالتين :

الأولى : وهى حالة ما لو كان الزرع قد نضج فانه يوزع المحصول بالتساوى بين المتقايلين وفقا لما اتفق عليه على أن ينتهى العامل من عمله ·

الثانية : حالة ما اذا كان الزرع لم ينضج فانه والحالة هذه يحق للعامل أجر مثل نظير ما قام به من حرث الأرض وتسويتها (١٣) ·

(د) موقف القانون من المزارعة :

ان المزارعة عقد بمقتضاه يتولى شخص زراعة أرض مملوكة لغيره وذلك مقابل حصة من المحصول الناتج عن الزراعة والفرق بينها وبين الاجارة يتضح فى المقابل الذى يقدمه المستأجر لمالك الأرض · حيث أنه يكون فى الاجارة الزراعية مبلغ من النقود · أما فى المزارعة فعبارة عن نسبة معينة من المحصول تتحدد فى نهاية الدورة الزراعية حينما يعرف حجم المحصول (١٤) ·

والمزارعة فى القانون وفقا للرأى الراجح فى الفقه الاسلامى من العقود اللازمة الذى لا يجوز لأحد المتعاقدين

(١٣) بدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٨٢٩ ، المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٣٧٠ ، د· مسلم عبد الرءوف ص ٤٠٤ ·

(١٤) د· نعمان جمعة دروس فى القانون الزراعى ص ٢٣٣ ·
وانظر المادة ٦١٩ مدنى تقول (يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجرين فى مقابل أخذ المؤجر جزءا معينا من المحصول) ·

أن يتحلل منه طالما وقع صحيحا مستوفيا للاركان والشروط ·· ويرتب التزامات فى كل من جانب المؤجر والمستأجر الذى يلتزم أن يؤدى الى المؤجر نسبة معينة من المحصول ولذلك تنص المادة ١/٦٢٤ مدنى فتقول (توزع الغلة بين الطرفين بالنسبة المتفق عليها أو بالنسبة التى يعينها العرف فاذا لم يوجد اتفاق أو عرف كان لكل منهما نصف الغلة) ·

وطالما أن عقد المزارعة من العقود اللازمة فانه يدخل فى نطاق الاقالة حيث يجوز للطرفين أن يتفقا على فسخ العقد بالاقالة · قياسا على عقد الاجارة فاذا تمت الاقالة فى أول العقد وقبل التنفيذ فان الأرض تعود الى مالك الأرض ولا شىء على المستأجر لأنه لا ينتفع بها · بخلاف ما لو نفذ العقد فى فترة قصيرة فانه لا يمكن أن تعود الحالة الى ما كانت عليه قبل ذلك ·

ولا خلاف فى الشريعة والقانون فى هذه المسألة التى تطبق عليها القواعد العامة للايجار والمزارعة · حسب سبعة أمثال الضريبة المقررة من جهة الحكومة ·

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للامتداد القانونى فهذا أمر مخالف للشريعة الاسلامية ·

الفصل الثامن

فى
اختلاف المتقايلين
ومبطلات الاقالة

فى هذا الفصل يتحدث فى ثلاث نقاط :

١ ــ اقالة الاقالة ·

٢ ــ اختلاف المتقايلين ·

٣ ــ مبطلات الاقالة ·

أولا ــ اقالة الاقالة :

معنى اقالة الاقالة : الغاؤها والعودة الى أصل العقد· مثل ما لو تقايلا البيع فى عقار ثم تقايلا الاقالة ارتفعت الاقالة وعاد البيع كما كان قبل الاقالة مترتبا عليه آثاره المتولدة منه فى كل من جانب البائع وكذلك المشترى (١) · « ومن استقال فى شىء ثم وجد فيه عيبا حدث عند المشترى فله رده كما لو اشتراه منه سواء أكانت الاقالة بيعا أم فسخا اذ الواجب فى الفسخ رد البيع كما قبض » (٢) أى فى حالته التى كان عليها وقت القبض والتسليم ·

---

(١) البحر الرائق جـ ٦ ص ١١٠ ·

(٢) د· عبد اللطيف عامر ص ١٠١ وما أشار اليه من مراجع التاج المذهب شرح متن الأزهار جـ ٢ ص ٤٨٠ الخلافة لأبى جعفر الأسيوطى جـ ٢ص٩٠

أراء الفقهاء فى اقالة الاقالة :

اختلف الفقهاء فى جواز ذلك على قولين :

وأساس اختلافهم فى هذه المسألة يرجع الى اختلافهم فى التكييف الفقهى للاقالة ٠

القول الأول : يرى من ذهب الى أن الاقالة فسخ للعقد السابق (بأن الاقالة لا تجوز أن تكون محلا للاقالة لأن الفسخ لا ينفسخ ٠

القول الثانى : من قال بأنها بيع جديد يرى بأن الاقالة يجوز أن تكون محلا للاقالة شريطة أن تتوافر شروطها وأركانها التى يجب أن تتوافر لانعقادها ٠ وبهذا أخذ الفقه الوضعى بأن الاقالة عقد جديد يسرى عليه القواعد العامة وبالتالى يجوز الاتفاق على اقالة الاقالة ٠ ويترتب على ذلك نقض حكم الاقالة ورفعها وازالتها ويعود البيع الى ما كان عليه قبل دخول الاقالة فيه ٠ وهذا هو الرأى الذى أميل اليه لحاجة الناس أحيانا وفى بعض الأوقات أن ترجع عما يدر منها من تصرفات ٠

وبناء على الرأى الذى نميل اليه يجوز اقالة الاقالة فى الشفعة مثل ما لو قايل المشترى البائع أو رد المبيع عليه بعيب ٠

فان للشفيع أن يفسخ الاقالة والرد بالعيب ويأخذه لأن حقه سابق على ذلك كله ، فقد ثبت بالبيع فلينقض فسخ البيع اذا أخذ الشفيع بالشفعة ٠

اقالة الاقالة فى السلم (٣) :

اختلف الفقه الاسلامى فى جواز اقالة الاقالة فى السلم على قولين :

يرى البعض (٤) بأن اقالة السلم لا تقبل الاقالة وحجتهم أنه لا خيار فى المجلس وغيره للاقالة لأنها فسخ والفسخ لا يقبل الفسخ ٠

ويرى البعض الآخر بأن اقالة الاقالة فى السلم جائزة(٥) قياسا على عقد البيع لأن السلم جزء من البيع ٠ وتطبيقا لذلك قالوا (٦) بأن (ان كان صاحب المال - فى السلم - قد أقال المسلم اليه ، ثم انه مات قبل أن يأخذ ماله ، فان لورثته أن يمضوا الاقالة ويأخذوا رأس المال ، ولهم أن يفسخوا الاقالة أو أن يقطعوا للمسلم اليه بثلث ما عليه من الطعام ويأخذوا الثلثين ، وان كان الثلث يحمل جميعه جاز ذلك لرب المال وتمت وصيته) ٠

والذى أميل اليه هو أن اقالة الاقالة فى السلم جائزة كالبيع سواء بسواء شريطة أن تتوافر أركانها وشروطها السابقة حتى يترتب عليها أثاره وكأن الاقالة لم تكن ويظل العقد صحيحا سليما يترتب عليه أثاره (٧) ٠

---

(٣) المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٨٦ ، كشاف القناع جـ ٤ ص ١٣٠ ٠ د٠ عبد اللطيف عامر السابق ص ١٠٣ ٠

(٤) البحر الرائق جـ ٦ ص ١١١ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٠ ٠

(٥) المدونة الكبرى جـ ٩ اقالة المريض ص ٧٥ ٠

(٦) د٠ عبد اللطيف عامر السابق ص ١٠٣ ٠

(٧) الأشباه والنظائر ص ١٧٢ للسيوطى الشافعي المذهب ٠

ثانيا - موقف الفقه الاسلامى فيما لو اختلف المتقايلان فى الاقالة :

قبل أن نبين الحكم نذكر أنواع الاختلاف : اما أن يكون فى صحة الاقالة ووقوعها ٠ أو يكون الاختلاف فى الثمن أو اختلاف الغير مع طرفيها ٠ واليكم الحكم فى كل نوع على حدة ٠

(أ) اختلاف الأطراف فى صحة الاقالة أو وقوعها :

اذا اختلف الطرفان فى صحة الاقالة وفسادها فما الحكم ؟ فيه رأيان للفقهاء :

الأول : يرى جمهور الفقهاء بأن الحكم فى هذه الحالة لمن يدعى الصحة لأنها الأصل والظاهر لنا أن تصرفات المسلمين تجرى وفق شرع الله الا اذا ثبت خلاف ذلك ٠ الظاهر فعليه أن يثبت ذلك (٨) ٠

الثانى : وهو رأى للشافعية ٠ أن الحكم لمن يدعى الفساد والفساد والبطلان لفظان مترادفان معناهما واحد لدى غالبية الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ٠ خلافا للحنفية ٠

والذى أميل اليه هو القول لمن يدعى الصحة لأنه هو الأصل والظاهر يشهد له ٠ كما أن مدعى الفساد يدعى أمرا زائدا خلافا للاصل والظاهر فعليه عبء اثبات ذلك ٠

---

(٨) رد المحتار لابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٠ ، الدسوقى جـ ٣ ص ١٩٠ ، والمهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٩٠ وبعدها ٠

بخلاف ما لو اختلف الطرفان فى عقد البيع مثلا على وقوع الاقالة أم لا ؟ ولم تكن لأحدهما بينة على ما يدعيه ٠ فان الفقهاء قد اتفقوا على أن الحكم لمن ينكر الوقوع لأن الأصل هو وجود عقد البيع وعدم نقضه أو عدم وقوع التفاسخ بين الطرفين وعلى من يدعى خلاف ذلك عبء الاثبات ٠ لأنه يدعى خلاف الأصل والظاهر (٩) ٠

(ب) اختلاف الغير مع المتقايلين ١٠) :

وفى حالة اختلاف الغير (الطرف الثالث) مثل الشفيع معهما على صحة الاقالة ووقوعها ٠ كما لو ادعى الشفيع بأن الاقالة وقعت متمسكا بحقه بالشفعة فأنكرا عليه ذلك فالقول للشفيع مع البينة لقول الرسول (ص) (البينة على من ادعى) ولأن انكار المتقايلين قد يكون بغرض الحيلة لاسقاط حق الشفعة من الشفيع ٠

(جـ) الاختلاف فى الاقالة على الثمن (١١) ٠

أذا اختلف البائع والمشترى فى الاقالة على الثمن فقال المشترى : بعته من البائع بأقل من الثمن الأول قبل قوله وفسد البيع بذلك ٠

---

(٩) الفتاوى الهندية جـ ٢ ص ٢٧٠ ٠ مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٦٥ ٠ البهجة على التحفة جـ ٢ ص ٤٧٠ ٠

(١٠) التاج المذهب جـ ٢ ص ٤٥٠ ٠ ومسلم عبد الرءوف ص ٢٨٢ ٠

(١١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٩٥ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ١١٤ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٩٤ ٠ المبسوط للسرخسى جـ ١٣ ص ٣٠
المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٩٠ ٠ الأم جـ ٢ ص ٢٠٠
د٠ عبد اللطيف عامر ص ١٠٨ وبعدها ٠
د٠ مسلم عبد الرءوف ص ٢٧٦ ٠

واذا قال البائع أقلنا بهذا الثمن وأنكر المشترى الاقالة فالقول قوله مع يمينه .

واذا كان البائع هو الذى يدعى أنه اشتراه من المشترى بأقل مما باعه والمشترى يدعى الاقالة يحلف كل منهما على دعوى صاحبه .

واذا وقع الاختلاف بينهما فى مقدار الثمن ولا بينة لأحدهما تحالفا .

لما روى عن ابن عباس (ض) عنهما أن النبى (ص) قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) (١٢) .

ووجه الدلالة من الحديث أن كل واحد من المتقايلين عند الاختلاف يعتبر مدعى عليه من وجه . وقد أخبر النبى (ص) أن اليمين على المدعى عليه فيحلف كل واحد منهما عند التنازع والاختلاف دون بينه تثبت دعوى كل منهما فيما يدعيه .

الاقالة لا تنفسخ بمجرد التحالف :

اختلف الفقه الاسلامى فى ذلك على قولين . والراجح هو أن الاقالة لا تنفسخ بمجرد التحالف (١٣) لأنهما قد اتفقا على صحتها فلا تنفسخ بمجرد التحالف والتخاصم .

ويترتب على ما رجحناه بأن المتقايلين لو أعرضا عن الخصومة تبقى الاقالة وأعرض الحاكم عنهما وان تراضيا

---

(١٢) سبل السلام جـ ٤ ص ١٣٢ .

(١٣) الدسوقى جـ ٣ ص ١٩٠ والمغنى جـ ٤ ص ١٩٨ والتاج المذهب جـ ٢ ص ٤٥٠ .

واصطلحا بقيت الاقالة · لكن ما الحكم فى حالة استمرار النزاع بينهما هل يتوقف فسخ الاقالة على حكم الحاكم أم لا ؟؟

اختلفت كلمة الفقهاء فى ذلك على قولين ·

والراجح أن الفسخ هنا يتوقف على الحاكم لتعذر نفاذها ولعدم الاتفاق بينهما · ولسيطرة الحاكم وقدرته على فض النزاع بين المتقايلين ·

واذا حكم القاضى بالبطلان بسبب وقوع خلل فى أركانها أو شروطها وحكم بالفسخ بسبب النزاع وغيره · بقى عقد البيع كما هو بأثاره والتزاماته وارتفعت آثار الاقالة التى كانت تترتب عليها وكأنها لم تكن ·

وهذا أمر لا خلاف فيه بين الشريعة والقانون الوضعى لأنه يتفق مع المبادىء العامة ·

ثالثا ـ مبطلات الاقالة

انه من الأجدر أن نذكر بايجار مبطلات الاقالة التى تعتبر وسيلة من وسائل انحلال العقد قبل تنفيذه (١٤) وهى :

---

(١٤) البحر الرائق جـ ٦ ص ١١٤ ، فتح القدير جـ ٦ ص ٤٨٧ ·
البدائع جـ ٧ ص ٣٤٠٠ ، كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٠٠ وبعدها ·
التاج المذهب جـ ٢ ص ٤٨٠ · المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ٩ ص ٤
د· عبد اللطيف عامر ص ١٠٤ وما بعدها وما أشار من مراجع ·

(أ) هـلاك الشىء المبيـع · يبطـل الاقـالة · لأن من شرطها بقاء المحل حتى يتم رفع العقد ·

بخلاف الثمن فلا أثر له الا اذا كان قيميا تالفا فلا تصح الاقالة لتعذر رد الثمن ·

واذا تقايلا بعد هلاك العين أو كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع فانها تبطل فى الحالتين سواء أكان الثمن قائما أم هالكا لأن الاقالة فيها معنى البيع ·

وهلاك المبيع قيد لبطلان الاقالة ـ بخـلاف ما لو جف الشىء المبيع بعد أن كان رطبا مما كان سـببا فى نقص وزنه فان الاقالة فى هذه الحالة صحيحة ولا يجب على المشترى أى شىء لبقاء المبيع كله ولا أثر لنقصان وزنه بعد جفافه ·

(ب) تغيير الشىء المبيـع : من مبطـلات الاقالة تغيـير محلها زيادة أو نقصانا مثل تغيير العقار أو الدابة بالسمن أو الهزال · وتطبيقا لذلك لو زاد الشىء المبيع زيادة منفصلة بعد القبض بطلت الاقالة بخلاف ما لو كـانت متصـلة بعد القبض أو منفصلة قبله فهذا لا يمنع من الاقالة (١٥) ·

(حـ) **غيبة أحد العاقدين** : فالاقالة لا تصح من أحـد العاقدين مع غيبة المتعاقد الآخر · وتطبيقا لذلك فلو قال : أحدهما أقلنى ثم غاب فأقاله فى غيبته لم تصح مطلقا لاعتبار رضاه وحال الغائب مجهول وكذلك الاقالة لا تصح فى حالة وفاة المتعاقدين أو أحدهما كخيار الشرط والمجلس (١٦) ·

---

(١٥) انظر الخرشى جـ ٥ ص ٨٨ مجمع الأنهر جـ ٢ ص ٥٥ التاج المذهب جـ ٢ ص ٤٨٨ ·

(١٦) كشاف القناع جـ ٣ ص ٢٠٠ ·

(د) وتبطل الاقالة فى حالة ما لو أخذ الشفيع شفعته قبل الاقالة فانها تثبت وتبطل الاقالة (١٧) .

(هـ) تعذر جعل الاقالة بيعا وفسخا (١٨) يعتبر سببا من الأسباب المبطلة للاقالة . وتطبيقا لذلك فلو تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف الثمن الأول بطلت الاقالة ويظل البيع الأول على حاله .

والبيع لا يجوز قبل القبض وبالأقل من الثمن يكون فسخا بالثمن الأول . لأنه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فأيضا لو سكت عن البعض (١٩) .

مبطلات الاقالة فى القانون : وفقا للقواعد العامة فان أى حالة لا تتوافر فيها أركان الاقالة وشروطها فانها تعد باطلة ولا يعمل بها ولا يترتب عليها أى أثر من الآثار القانونية وما يسرى فى الفقه الاسلامى يسرى هنا فى القانون المدنى من مبطلات للاقالة .

---

(١٧) شرح النيل جـ ٥ ص ٦٦٢ .
(١٨) د. عبد اللطيف عامر ص ١٠٦ .
(١٩) مجمع الانهر جـ ٢ ص ٥٥٦ .

خاتمة البحث

في المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني :

في موضوع الاقالة

مما سبق دراسته في موضوع الاقالة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني يتضح للباحث ما يأتي :

أولا ـ من حيث انعقادها وصحتها :

١ ـ الاقالة في الفقه الاسلامي والفقه الوضعي تنعقد بايجاب وقبول جديدين فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بالاقالة وهي مشروعة بالكتاب لقوله تعالى (فاصفح الصفح الجميل) (١) وبالسنة لقول الرسول (ص) (من أقال مسلما بيعته أقال الله عثرته) (٢) وبفعل الصحابة فقد روى سيدنا عثمان (ض) اشترى من رجل أرضا ، فأبطأ عليه مسلم الثمن ، فقال له ما منعك عن أن تقبض الثمن فقال : انك اشتريت مني الأرض رخيصة وكلما قابلني رجل لا مني على هذا البيع . فقال له أنت حر في الرجوع ، فاختر ما تشاء الأرض أم الثمن (٣) .

ووجه الدلالة من الحديث أن البيع قد تم والعقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه وبموجبه تملكها (عثمان) رضى الله عنه . غير أن البائع ندم على ذلك وأبطأ في أخذه الثمن

---

(١) سورة الحجر الآية ٨٥ .

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٣ .

(٣) راجع الترغيب والترهيب للمنذوري جـ ٢ ص ٥٦٦ .

وكأنه يريد الرجوع فى تصرفه فجعل له سيدنا عثمان (ض) الخيار بين الرجوع وأخـــذه الأرض وبين قبضـــه الثمن والرجوع بلا شك يعتبر اقالة أى فســخ عن البيــع باتفاق المتعاقدين ٠ وفعل عثمــان دليل على مشروعيته ـ ولم ينكر عليه أحد فعله ٠ وبالاجماع ـ فقد قال ابن المنذر لا نعـرف خلافا بين أهل العلم من السلف والخلف فى جـواز العمـل بالاقالة (٤) ٠

وبالمعقول : فانه كما يملكان المتعاقدان انعقاد العقـد فانها فى الأصل يملكان رفعه برضاهما ٠ لأن العــاقد ربما يندم على تصرفه ولا يستطيع أن يتحلل من العقد ٠ الا عن طريق الاقالة التى شرعهــا اللــه وحث عليهــا لازالة كرب المكروبين والتفريج عليهم (٥) ٠

ومن هذا المنطلق كانت الحكمة من مشروعيتها ٠ ازالة الندم وتنفيس الكرب والتيسير على المعسرين لقول الرسول (ص) من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة (٦) وقوله (ص) (من أقال نادمــا أقال الله عثرته يوم القيامة) (٧) ٠

اذا الاقالة شرعت حتى يحظى صاحبها بالشكر والثناء والاحسان فى الدنيا والفوز العظيم والثواب والأجر بفضل من الله يوم القيامة ٠

---

(٤) سبل السلام جـ ٣ ص ٣٣ ٠ والموطأ ص ٤٠٣ ٠

(٥) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٦ ٠

(٦) سنن الترمذى جـ ٤ ص ٣٤ ٠

(٧) سنن ابن ماجة جـ ٢ ص ٧٤٢ ٠ ط الحلبى

ولا مانع من شرعية الاقالة فى القانون وفقا لمبادئه العامة وطبقا لما أقرته محكمة النقض حيث قال (التفاسخ كما يكون بايجاب وقبول صريحين يكون بايجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع اذا هى قالت بالفسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن ارادتى طرفى التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الارادتان على حل العقد (٨) ٠ فالعاقدان والصيغة والمحل أمر محتوم فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى ٠

ومن حيث صحة الاقالة نجد أحكامها فى الفقه الاسلامى تختلف عن أحكامها فى الفقه الوضعى ٠ حيث قد وجدنا الفقه الاسلامى يحتم ضرورة تقابض البدلين فى اقالة بيع الصرف وكذلك ضرورة قيام المبيع أو محل العقد وقت الاقالة وأن يكون بمحل الفسخ بسائر أسبابه (٩) ٠ بخلاف القانون الوضعى فانه لا يشترط ذلك ٠

ثانيا ـ من حيث نطاق الاقالة :

نجد نطاقها أوسع فى القانون عن الفقه الاسلامى ـ لما ذكرناه سابقا بأن الاقالة فى الفقه الاسلامى لا تجوز الا فى عقود المعاوضات فقط وهى العقود اللازمة للجانبين أو لازمة لجانب واحد كالرهن والكفالة وفقا لما رجحناه بعد ذكر آراء الفقهاء فى موضوعه ٠

أما الفقه الوضعى فقد أجاز الاقالة وفقا للمبادىء العامة فى عقود المعاوضات وكذلك فى عقود التبرعات كالهبة والوصية ٠

---

(٨) نقض مدنى فى ١٦/١٠ سنة ١٩٤٧ طعن ١٢٥ سنة ١٦ ق ٠

(٩) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى د٠ السنهورى ج ٦ ص ٢٥٤ ٠

كما أجاز وقوعها بارادة منفرده بناء على اتفاق سابق بين المتعاقدين - بل أجازتها فى العقود اللازمة وغير اللازمة غير أن الفقه الوضعى ينقصه نظرية عامة ومتكاملة فى هذا الموضوع المتعلق بالأخلاقيات والالتزام الأدبى الذى يسمو عن الالتزام القانونى ، بل يجب على المشرع الوضعى أن ينص عليها ويستقى أحكامها من أحكام الشريعة الاسلامية .

ثالثا - من حيث الأثر :

اذا استوفت الاقالة أركانها وشروطها انعقدت صحيحة وترتب عليها أثرها فى الفقه الاسلامى والفقه الوضعى معا وهو : انحلال العقد الأصلى بالاقالة وهذا قدر مشترك فى الشريعة والقانون . لكن هل لها أثر رجعى ؟ أم لا ؟

ان الأمر يختلف فى الفقهين .

فالمبدأ العام فى الفقه الوضعى أن الاقالة ليس لها أثر رجعى الا باتفاق من الطرفين المتقايلين وفى هذه الحالة لا يمتد الى القيد أو العقود الزمنية أو التسجيل . وفضلا عن ذلك فان الفقه الوضعى اعتبر الاقالة بيعا مما ترتب عليه عدم جواز التصرف فى الشىء المبيع قبل القبض . وجواز الخلاف فى الثمن وفى الاقالة الصادرة من الشفيع وفى أخذ الشفيع بالشفعة عند التقايل وفى اعادة البيع من المشترى الأول للبائع بعد أن يتقايل مع المشترى الثانى .

ويجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن يكون للتفاسخ أثر معدم لكل ما يترتب على العقد من حقوق والتزامات وللمحكمة استخلاص هذه النية من الظروف

والملابسات (١٠) ٠

ومن حق المشترى أن يتمسك بصورية التفاسخ بين البائع وبائعه ويوجب على المحكمة التحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن الحقيقة ، والا كان حكما قاصر الأسباب (١١) ٠

أما الفقه الاسلامي : فالاقالة فيه قد تكون فسخا لدى جمهور الفقهاء وسببا لانحلال العقد ٠ وقد تكون بيعا جديدا لدى البعض ٠ والفرق بينهما أن الفسخ رفع لحكم البيع الأصلى بأثر رجعى وكأنه لم يكن ٠ وهكذا فى العقود الأخرى قياسا على عقد البيع ٠

بخلاف ما لو كانت بيعا جديدا فانه والحالة هذه يبقى البيع الأصلى ، ثم يعود المبيع الى البائع بعقد جديد بحكم الاقالة دون أثر رجعى لها ٠

ومن هذا المنطلق نرى الاقالة فى الفقه الاسلامى اذا جعلت فسخا بأثر رجعى فان ذلك لا يقتصر على العاقدين بل يتعدى الى الغير ٠ واذا كانت بيعا دون أثر رجعى فان أثر ذلك يكون واضحا فى العلاقة بين المتعاقدين والقيد ٠

ومما سبق يتضح لنا بأن الاقالة فى الفقه الاسلامى أوسع نطاقا وأطول مدى حيث لا يكون لها أثر رجعى بالنسبة للعاقدين والغير ٠

---

(١٠) نقض ٣/٢٦ سنة ١٩٥٣ م طعن ٢١٠

(١١) نقض ١٩٤٤/٦ س ٢٠ ق طعن ١٠٢ س ١٣ ق ٠

اذا اعتبرت عقدا ، ويكون لهـا هـذا الأثر بالنسـبة للعاقدين والغير بناء على من قال بأنها فسخ (١٣) ٠

وقد أخذ القانون المدنى العراقى بهذه النظرية الأصيلة المتكاملة (الاقالة) حيث اشـترط أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ثم أخـذ بالتكييف الفقهى بأن الاقالة فسخ فى حق العاقدين عقد جديد فى حـق الغــير ٠

وقنن المشرع العراقى هذه الأحكام فى المواد الآتية :

م ١٨١ عراقى : (للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده) ٠

م ١٨٢ عراقى : ١ ـ يلزم أن يكون المعقود عليه قائما وموجودا فى يد العاقد وقت الاقالة ٠

٢ ـ ففى البيع يلزم أن يـكون المبيـع قائمـا وموجودا فى يد المشترى ٠ ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة فى الباقى بقـدر حصـته من الثمن ٠ أما هلاك الثمن فلا يكون مانعـا من صحة الاقالة ٠

م ١٨٣ عراقى : الاقالة فى حق العاقدين فسخ وفى حق الغير عقد جديد ٠

وعلى المشرع المصرى أن يهتدى بهذه المواد وبأحـكام الشريعة عسى أن يقنن لنا نظرية متكاملة فى الاقال التى ندب اليها الشـارع الحكيم وحث عليها ٠ فى الكتاب والسـنة والاجماع والمعقول ٠

---

(١٠) د٠ السنهورى فى مصادر الحق ص ٢٥٤ ٠

د٠ اسماعيل عبد النبى شاهين ص ١١٢ ٠

نتائج بحث الاقالة

مما سبق عرضه يتضح للباحث ما يأتى :

تعريفها :

١ ـ الاقالة لغة مصدر أقال يقيل اقالة بمعنى الفسـخ والازالة والاسقاط والرفع .

وشرعا : رفع العقد المالى بوجه مخصـــوص . وقد أخذ الفقه الوضعى بهذا التعريف . حيث عرفها بأنها .

حكمها :

٢ ـ لقـد ثبت شرعيتها بالكتاب والســنة والاجماع والمعقول والأصول فيها أنها مباحة وقد تكون مندوبة فى حالة الندم الواقع من أحد الطرفين أو هما معا . بخلاف ما لو وقع العقد غير مشروع فانها والحالة هذه تكون واجبة .

٣ ـ التكييف ـ الاقالة فسخ فى حق العـاقدين وعقد جديد فى حق غيرهما (الطرف الثالث) كالشفيع وهى أخص من سائر الفسوخ ولذلك يمكن القول بأن (كل اقالة فسخ وليس كل فسخ اقالة) وبهذا أخذ الفقه الوضعى .

٤ ـ أركانها ـ الرضا والمحل والسبب والرسمية اذا كان العقد المقـال رسـميا . فالاقالة تصرف كغيره من التصرفات الشرعيـة والقـانونية لابد من توافر أركانها وشروطها حتى تنعقد ويترتب عليها آثارها .

٥ ـ نطاقها ـ العقد المـالى الصحيح اللازم ســواء أكان اللزوم من العـاقدين كعقد البيع وعقـد الاجـارة

والحوالة والصلح · أو كان اللزوم من جانب واحد كالكفالة والرهن · والهبة والوصية ·· الخ ·

٦ ـ آثارها : بالنسبة للعاقدين :

اذا توافرت أركان الاقالة وشروطها فانه يترتب عليها نقض أحكام العقد من وقت انعقاده وكأنه لم يكن · وتعود الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد فيأخذ المشترى الثمن والبائع الشىء المبيع أو يأخذ كل منهما عوضه الذى يخصه · ولو كانت هناك زيادة فى المبيع وحصلت قبل الاقالة تكون للمشترى واذا حصلت بعد الاقالة تكون للبائع ·

الطرف الثالث : كالشفيع ـ فالاقالة عقد جديد فى حقه · حيث يترتب على فسخ العقد بالاقالة كل آثار العقد كالشفعة وغيرها ·

٧ ـ اختلاف الطرفين :

اذا اختلف المتقايلان فى وقوع الاقالة وعدمه ولا بينه لاحدهما فى الاثبات فالقول لمن ينكر الوقوع · بخلاف ما لو كان الاختلاف فى الحكم فالقول لمن يدعى الصحة ·

اذا اختلف فى الثمن (جنسه ـ صفته ـ قدره · فعليهما أن يتحالفا وفسخت الاقالة بحكم الحاكم ·

ولو كان هناك تنازع بين المتقايلين والطرف الثالث فى وقوعها أو صحتها فالقول للشفيع مع البينة ·

القانون المدنى : اذا كان الفقه الاسلامى عرف الاقالة وحدد أركانها وشروطها وآثارها بخلاف القوانين الوضعية كالقانون الرومانى والفرنسى والانجليزى وغيرها فانها

لا تعرف الاقالة بلفظها ولكن هناك ما تتفق معهـا كالفسخ الاتفاقى (ارادة واحدة ـ أو بالتراضى) ولكن هذا لايعتبر اقالة بالمعنى الصحيح لأنه لا يتم الا اذا كان هناك خلل أو سبب موجب للفسـخ وبعد رفع الأمر للقضـــاء ٠ فالفقه العربى ليست عنده نظرية خاصـــة فى الاقالة ٠ بل تسرى القواعد العامة للفسخ ٠

فنظرية الاقالة مزية من المزايا التى يمتـــاز بها الفقه الاسلامى عن غيره وقد أدرك رجال القـــانون ما فى الفقه الاسلامى من مزايا وما فيه من حلول المشاكل التى لاتستطيع القوانين الوضعية حلها ٠ فأخذوا فيه الشىء الكثير وقرروا فى مؤتمرات متعددة أن الشريعة الاسـلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام كالمؤتمر الدولى للقانون المقارن المنعقد فى مدينة لاهاى الهولندية فى دورته الأولى سنة ١٩٣٣ ودورته الثانية سـنة ١٩٣٧ وفى مؤتمر المحـامين الدولى بلاهاى سنة ١٩٤٨م (١) ٠

---

(١) مبادىء القانون الرومانى عبد المنعم بدر ص ٤ وبعدها ٠
الوجيز للسنهورى ص ٢٩٧ ٠ ومصادر الحق للسنهورى ص ١٩١ ٠
الشريعة الاسلامية لبدران ابو العينين بدران ج ١ وبعدها ٠

مــــراجع البحث

أولا ـ القرآن الكريم

كتب التفســـــير

١ ـ أحكام القـــرآن لأحمـــد بن على أبو بكر الرازى الجصـاص المتوفى عام ٣٧٠ هـ ط ســـنة ١٣٣٥ هـ بيـــروت ٠

٢ ـ التفسير الكبير للفخر الرازى سنة ١٣٥٧ هـ ٠

٣ ـ تفسير القرطبى للامام القرطبى ط دار الشعب ٠

٤ ـ تفسير الكشاف للزمخشرى ط الحلبى سنة ١٣٨٥ هـ٠

ثانيا ـ كتب السنة ٠

٥ ـ الترغيب والترهيب للمنـذرى ط ٢ الحلبى ســـنة ١٨٧٣ ٠

٦ ـ سنن البيهقى دار الفكر ـ بيروت ٠

٧ ـ الموطأ للأمام مالك دار الشعب القاهرة سنة ١٣٧٦

٨ ـ زاد المعاد لابن قيم الجوزية القاهرة سنة ٣٧٠ هـ٠

٩ ـ سنن أبى داود للامام أبى داود السجستانى المتوفى عام ٢٧٥ هـ ط سنة ١٣٦٩ هـ ٠

١٠ ـ سبل السلام للصنعانى الحلبى سنة ١٣٧٩ هـ ٠

١١ ـ سنن ابن ماجة ٠ أبو عبـــد الله محمـــد بن يزيد القزوينى المعروف بابن ماجة المتوفى ســـنة ٢٧٣ ط الحلبى ٠

١٢ ـ سنن الترمذى ط الحلبى سنة ١٣٨٢ هـ ٠

١٢ ـ سنن النسائى لابن شعيب النسائى المتوفى عام ٣٠٣ هـ ط مصطفى الحلبى ٠

١٣ ـ صحيح البخارى للامام البخارى المتوفى عام ٢٥٦هـ ط صبيح ٠

١٤ ـ صحيح مسلم للامام أبى الحسين مسلم النيسابورى المتوفى عام ٢٦١ هـ ط صبيح سنة ١٣٣٤ هـ ٠

١٥ ـ نيل الاوطار الشوكانى المتوفىعام ١٢٥٥ ط١٣٤٠هـ

١٦ ـ نصب الراية ٠ للامام جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى ط أولى سنة ١٣٥٧هـ سنن الدارمطى سنة ١٣٨٦ هـ ٠

ثالثا ـ كتب اللغة العربية :

١٦ ـ المصباح المنير للعلامة أحمد الفيومى المتوفى عام ٧٧٠ هـ ط ١٣١٦ هـ ٠

١٧ ـ القاموس المحيط للعلامة الفيروز أبادى الشيرازى سنة ١٣٠١ هـ ٠

١٨ ـ لسان العرب لابن منظور ٠

١٩ ـ مختار الصحاح للرازى ط الأميرية ٠

رابعا : كتب أصول الفقه :

٢٠ ـ الأحكام فى أصول الأحكام للآمدى ط (محمد على صبيح) ٠

٢١ ـ التوضيح على التنقيح لصدر الشريعة عبد الله بن مسعود وعليه التلويح للتفتازانى وحاشية الفنرى على التلويح ط صبيح ٠

٢٢ ـ كشف الأسرار للبزدوى المتوفى سنة ٧٢٠ هـ ط ١٣١٠ هـ ٠

خامسا ـ كتب المذاهب الفقهية :

(أ) الفقه الحنفى :

٢٣ ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة زين الدين بن نجم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ط أولى سنة ١٣١٠ هـ ٠

٢٤ ـ المبسوط للسرخسى ـ ط أولى سنة ١٣٢٤ هـ مطبعة السعادة ٠ المتوفى سنة ٤٨٣ هـ ٠

٢٥ ـ الهداية شرح بداية المبتدى للمرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط الحلبى سنة ١٣٨٤ هـ ٠

٢٦ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم المتوفى سنة ٩٧٠ هط سنة ١٢٩٨ هـ ٠

٢٧ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام الكاسانى الحنفى المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط الثانية ١٤٠٢ هـ دار الكتاب العربى ببيروت ٠

٢٨ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للامام عثمان بن على الزيلعى الحنفى المتوفى سنة ٧٤٣ هـ ط أولى سنة ١٣١٣ هـ ٠

٢٩ ـ حاشية الشلبى على شرح الزيلعى على كنز الدقائق فقيه مصرى توفى سـنة ١٠٠٠ هـ على هامش تبيين الحقائق المرجع السابق ٠

٣٠ ـ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ ط ثانيـة ١٣٨٦ هـ الحلبى ٠

٣١ ـ فتح القدير للشيخ كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سـنة ٨٦١ هـ ط ١٣٥٦ هـ مصـطفى محمـد ٠

٣٢ ـ الفتاوى الهندية لمجموعة من علماء الهند ط سـنة ١٣١٨ هـ ٠

٣٣ ـ مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر لداماد أفنـدى المتوفى سنة ١٠٨٨ ط ١٣١٩ هـ ٠

(ب) الفقه المالكى :

٣٤ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد المتوفى سنة ٣٩٥ هـ ط الحلبى سنة ١٣٣٩ هـ ٠

٣٥ ـ تبصرة الحكام فى أصـول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المتوفى سنة ٧٩٩ هـ الطبعة الأخيرة على هامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ١٣٧٨ هـ ٠

٣٦ شرح الخرش ٠ لأبى عبد الله محمـد الخرش المتوفى سنة ١١٠١ هـ ط ٢ سنة ١٣١٧ هـ ٠

٣٧ ـ الفروق للقرافى ـ المتوفى سنة ٦٨٤ طهـ سنة ١٣٤٤هـ

٣٨ - شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عايش المتوفى سنة ١٢١٩ هـ ط ١٢٩٤ هـ ٠

٣٩ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدرديرى دار احياء الكتاب العربى ٠

٤٠ - بلغة السالك لأقرب المســالك على الشرح الصغير للصاوى المالكى سنة ١٢٤١ هـ ط ١٩٥٢ الحلبى ٠

(ج) الفقه الشافعى

٤١ - الأم للامام الشــافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ ط ٢ دار المعرفة بيروت سنة ١٣٩٣ هـ ٠

٤٢ - الاشباه والنظائر فى فروع الشــافعية للســيوطى الطبعة الأخيرة سنة ١٣٧٨ هـ ٠

٤٣ - المهذب فى فقه الامام الشــافعى للشيرازى المتوفى ٤٧٦ هـ ط الحلبى سنة ١٣١٣ هـ ٠

٤٤ - المجموع شرح المهذب للنووى ٠

٤٥ - مغنى المحتاج للشيخ الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ ط الحلبى سنة ١٣٥٢ هـ ٠

(د) الفقه الحنبلى

٤٦ - المغنى لابن قدامة المقدس المتوفى ســـنة ٦٣٠ هـ ط المنار سنة ١٣٧٦ هـ ٠

٤٧ - الشرح الكبير على هامش المغنى المرجع السابق ٠

٤٨ - الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى المتوفى سنة ٤٥٨ هـ الحلبى ١٣٨٦ هـ ٠

٤٩ - السياسة الشرعية فى اصلاح الراعى والرعية لابن تيمية الحرانى المتوفى سنة ٧٢٨ هـ ٠

٥٠ - كشاف القناع على متن الاقناع لابن ادريس البهوتى ط سنة ١٣٦٧ هـ ٠

٥١ - القواعد لابن رجب الحنبلى ٠

٥٢ - شرح منتهى الارادات لابن ادريس البهوتى الحنبلى ١٣٦٦ هـ ٠

٥٣ - مجموعة فتاوى شيخ الاسلام لابن تيمية سنة ١٣٢٨ هـ ٠

٥٤ - اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٠

(هـ) المذهب الظاهرى

٥٥ - المحلى لابن حزم الظاهرى المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ٠ ط دار الفكر العربى ٠

(و) مذهب الشيعة الزيدية

٥٦ - البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار للمرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ ط أولى ١٣٦٧ هـ ٠

٥٧ - الروض النضير للصنعانى ط أولى سنة ١٣٤٨ هـ٠

(ر) مذهب الشيعة الامامية

٥٨ - المختصر النافع لابن الحسن الحلبى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ط سنة ١٣٧٦ هـ ٠

(ح) مذهب الاباضية

٥٩ ـ شرح النيل وشفاء العليل ٠

٦٠ ـ الورد البسام فى رياض الأحكام ٠

سادسا ـ مؤلفات حديثة فى الفقه الاسلامى

٦١ ـ الفقه الاسلامى ـ المدخل ونظرية العقد ـ عيسوى أحمد عيسوى سنة ١٩٦٢ م ٠

٦٢ ـ المدخل الفقهى الاسلامى د٠ محمد سلام مدكور سنة ١٩٦٩ ٠

٦٣ ـ المعاملات فى الشريعة الاسلامية والقوانين العربية٠ سنة ١٩٢٢ م أحمد أبو الفتح ٠

٦٤ ـ المعاملات الشرعية ـ أحمد ابراهيم سنة ١٩٣٦ م ٠

٦٥ ـ نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون أ٠د٠ حسن على الشاذلى ٠

٦٦ ـ الملكية ونظرية العقد ٠ محمد أبو زهرة ط ١٩٧٧ م

٦٧ ـ أحكام المعاملات الشرعية ط ١٩٦٤ م ٠ د٠ على الخفيف ٠

٦٨ ـ الاقالة فى العقود د٠ عبد اللطيف عامر سنة ١٩٨٤م عقد البيع د٠ الشافعى عبد الرحمن ٠

٦٨ ـ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ١٩٦٨ د٠ السنهورى ٠ ٦ أجزاء ٠

٦٩ ـ المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ط أولى سنة ١٩٥٦م محمد مصطفى شلبى ٠

٧٠ ـ المدخل الفقهى العام ـ د٠ محمد مصطفى الزرقا ٠

٧١ - المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية د٠ عبد الكريم زيدان ٠

سابعا - المراجع القانونية :

٧٢ - نظرية العقد ١٩٣٤ م د٠ عبد الرازق السنهورى ٠
٧٣ - نظرية العقد ١٩٨٥م د٠ عبد الفتاح عبد الباقى ٠
٧٤ - عقد البيع ١٩٧٢ د٠ توفيق فرج ٠
٧٥ - البيع والمقايضة ١٩٥٢ د٠ السنهورى ٠
٧٦ - حق الملكية ١٩٦٨ د٠ عبد المنعم الصده ٠
٧٧ - كتاب الشفعة ١٩٥٢ د٠ محمد كامل مرسى ٠
٧٨ - الوسيط فى القانون المدنى د٠ السنهورى ١٩٥٢م ٠
٧٩ - نظرية الالتزام ١٩٥٤م د٠ حشمت أبو ستت ٠
٨٠ - النظرية العامة للالتزام د٠ أنور سلطان ١٩٦٢ ٠
٨١ - أصول الالتزامات د٠ سليمان مرسى ١٩٦٠م ٠
٨٢ - نظرية الالتزام ١٩٧٨م د٠ أحمد سلامة ٠
٨٣ - نظرية الالتزام ١٩٦٨م د٠ اسماعيل غانم ٠
٨٤ - نظرية الالتزام ١٩٧٤ د٠ جميل الشرقاوى ٠
٨٥ - الالتزامات ١٩٥٢ د٠ كامل مرسى ٠
٨٦ - أصول المعاملات ١٩٦٦ د٠ جلال العدوى ٠
٨٧ - دروس فى مصادر الالتزام ٠ د٠ عبد الخالق حسن ١٩٨٤ ٠
٨٨ - نظرية الالتزام ١٩٧٥م د٠ عبد الناصر العطار ٠

٨٩ ـ الفسخ والانفساخ والتفاسخ د. محمد المصرى و محمد عابدين ١٩٨٦م .

٩١ ـ عقد الصلح د. يس محمد يحيى ١٩٧٢ .

٩٢ ـ العقود د. محمود جمال الدين زكى ١٩٦٠ .

٩٢ ـ العقود د. أكثم الخولى . ١٩٥٧م .

٩٣ ـ أحكام الكفالة د. السنهورى .

٩٤ ـ عقد الكفالة د. سليمان مرقس .

٩٥ ـ التأمينات الشخصية والعينية د. عبد الفتاح عبد الباقى .

٩٦ ـ العقود المسماه د. محمد كامل مرسى .

٩٧ ـ التأمينات العينية والشخصية د. محمود جمال الدين زكى .

٩٨ ـ عقد الكفالة د. منصور مصطفى منصور .

٩٩ ـ دروس فى القانون الزراعى ١٩٧٢ م . د. نعمان جمعة .

١٠١ ـ مبادىء القانون الرومانى د. عبد المنعم بدر .

ثامنا ـ رسائل دكتوراه

١٠١ ـ الشرط فى العقد دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون (على الآله الضاربة) ط ١٩٦٨ . د. حسن على الشاذلى .

١٠٢ ـ النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى ط ١٩٤٦ م د. حسن الزنون .

١٠٣ ـ فسخ العقد فى الشريعـة الاســلامية (على الآلة الضاربة) ط سنة ١٩٧٢ م د٠ على مرعي ٠

١٠٤ ـ انقضاء العقد بالالغاء والرجوع فى القانون المدنى٠ دارسة مقارنة٠ د٠ اســماعيل عبد النبى شــاهين سنة ١٩٨٢ ٠

١٠٥ ـ نظرية الاقالة فى الفقه الاســلامى د٠ مسلم عبد الرءوف سنة ١٩٨٣ م ٠

تاسعا ـ الدوريات والاحكام

١٠٦ ـ مجلة القانون والاقتصاد ـ حقوق القاهرة ٠

١٠٧ ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصــادية حقوق عين شمس ٠

١٠٨ ـ مجموعة الأعمــال التحضيرية القــانون المدنى المصرى

١٠٩ ـ المذكرة التفسيرية للقانون المدنى المصرى ٠

١١٠ ـ مجموعة عمر (محمود عمر) ٠

١١١ ـ مجموعة أحكام النقض المدنى التى يصدرها المكتب الفنى بمحكمة النقض المصرية ٠

١١٢ ـ مجموعة القواعد القانونية ٠

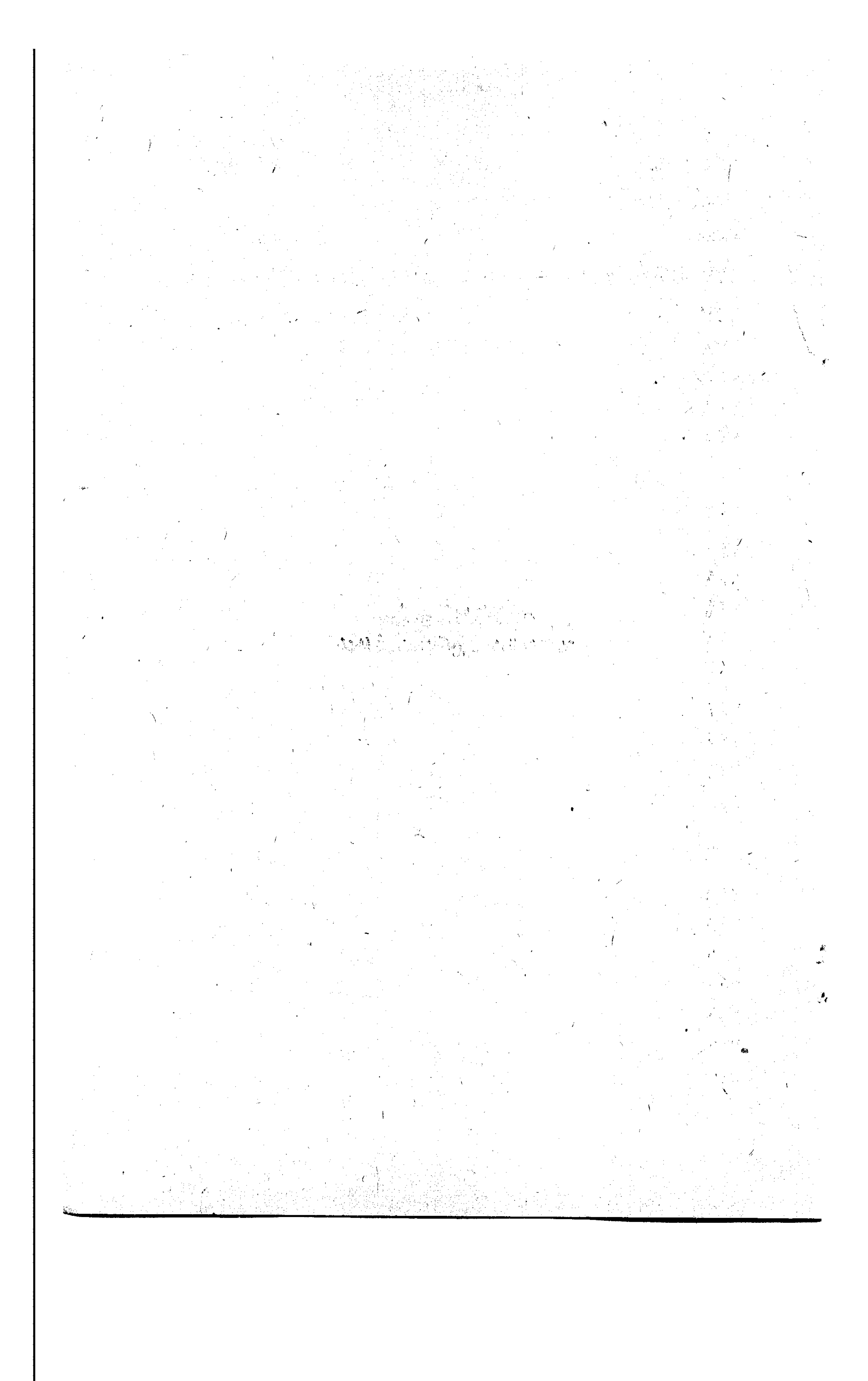
١١٣ ـ مجلة الأحكام العدلية ٠

فهـــرس

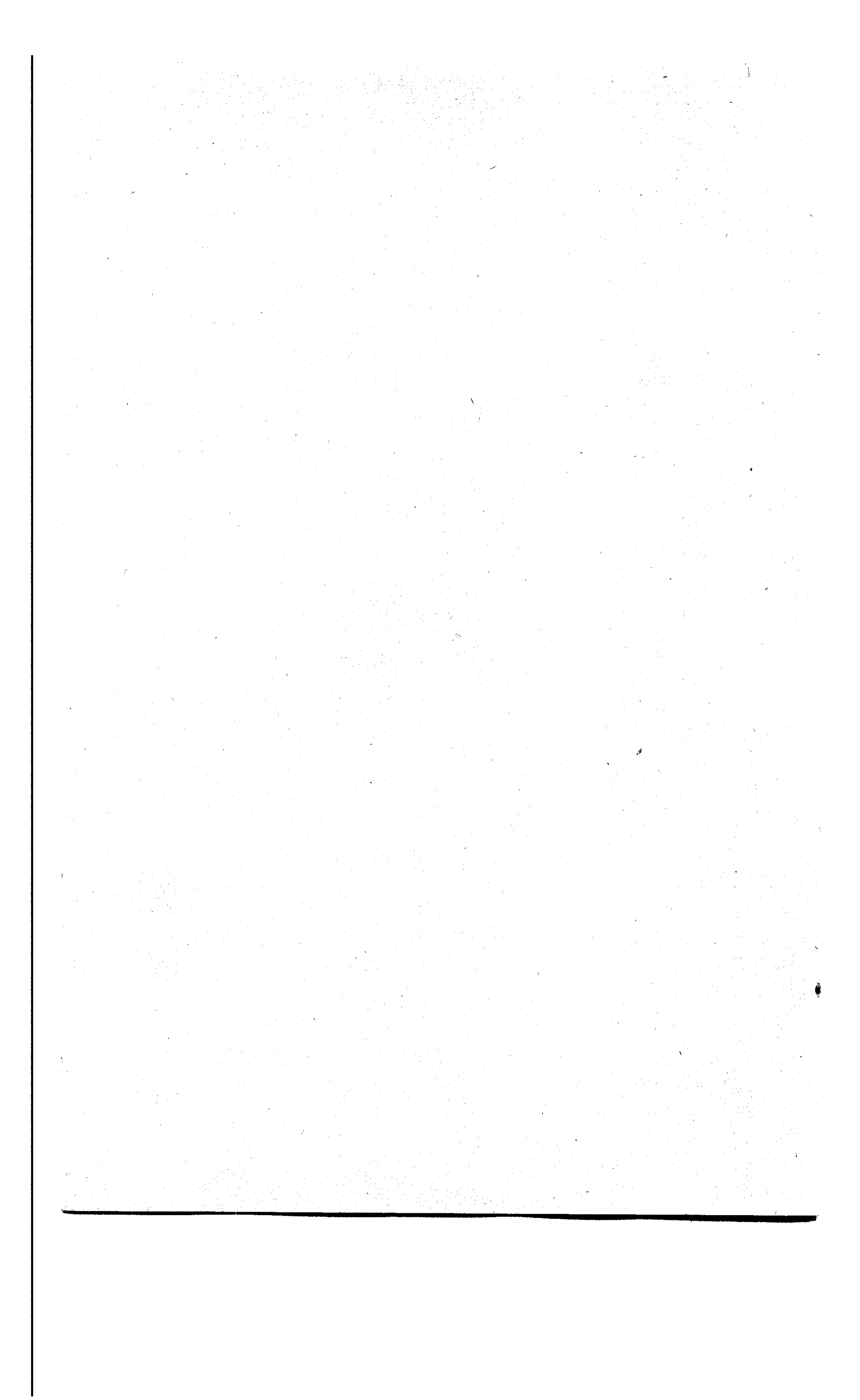
الموضوع صفحة

الموضوع	صفحة

الموضوع صفحة



مطبعة التقدم
طنطا ش طه الحكيم - حارة القلا



رقم الايداع ٤١٧٨ / ٨٦